

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MARIANA GMACH PHILIPPI

**O INSTITUTO PROCESSUAL DA TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO AMBIENTAL:
MEIOS PROBATÓRIOS E PRINCIPAIS PECULIARIDADES**

CURITIBA
2014

MARIANA GMACH PHILIPPI

**O INSTITUTO PROCESSUAL DA TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO AMBIENTAL:
MEIOS PROBATÓRIOS E PRINCIPAIS PECULIARIDADES**

Monografia apresentada no Curso de Graduação da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Elton Venturi.

CURITIBA
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O INSTITUTO PROCESSUAL DA TUTELA INIBITÓRIA NO DIREITO AMBIENTAL:
MEIOS PROBATÓRIOS E PRINCIPAIS PECULIARIDADES**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Elton Venturi

Prof.

Prof.

Curitiba, 13 de novembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar gostaria de agradecer aos meus pais, que encheram de amor essa caminhada e a tornaram muito mais leve e segura. Essa conquista também é de vocês e com certeza é por vocês que busco sempre mais, ainda que retribuir tudo aquilo que me transmitiram e representam em minha vida seja impossível.

Agradeço também às três mulheres que me serviram de exemplo e inspiração, não apenas nessa reta final da graduação, mas durante toda a vida: minha mãe, minha avó e minha tia, que me ensinaram o valor da independência e a necessidade de superar nossos próprios limites constantemente.

Ao meu avô, por me ensinar o valor do trabalho duro e ser, ao mesmo tempo, rígido e encantadoramente amável.

Também não poderia deixar de agradecer à Té, que com seu humor, companheirismo e imensurável implicância, mesmo sem se dar conta, me motiva a ser melhor.

Aos amigos – sejam aqueles poucos e bons conquistados durante a faculdade ou os eternos amigos de infância, que me conhecem como poucos – agradeço especialmente pelas risadas, pelos momentos de descontração e pelo carinho e paciência nos instantes de desânimo e dificuldade. Vocês com certeza fizeram a diferença e terão um lugar especial no meu coração eternamente.

Ao Edson, agradeço especialmente por tornar meus domingos mais alegres e por me ensinar a levar a vida com mais leveza.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Elton Venturi, que me incentivou e me guiou com extrema dedicação, desde a iniciação científica até a aproximação da temida data final.

Por fim, agradeço a Deus, por todas as bênçãos e proteções concedidas.

RESUMO

O presente estudo objetiva expor os principais aspectos acerca da figura da Tutela Inibitória no Processo Civil, em especial sua aplicação e importância na esfera do Direito Ambiental e suas peculiaridades quanto à produção probatória. A tutela inibitória surge, neste contexto, como uma promessa de tutela preventiva apta a salvaguardar o bem ambiental, em face da precariedade das vias jurisdicionais repressivas em garantir o acesso ao meio ambiente sadio, tendo em vista pautarem-se na ocorrência prévia do dano. Visando atacar e reprimir a figura do ilícito, esta tutela voltada para o futuro fornece mecanismos mais eficazes e aptos à garantia dos direitos difusos, próprios deste novo momento constitucional e da evolução pela qual passou, no último século, o Processo Civil. Importa notar, porém, que justamente por ser um instrumento de prevenção e que não prescinde da consumação do dano para ser acionado, a Tutela Inibitória apresenta algumas dificuldades no que tange à operacionalização da prova. Assim, o estudo em questão visa apresentar algumas possíveis estratégias para melhor manejar a produção probatória nesse instituto processual, como a distribuição diferenciada de seu ônus e meios de prova específicos e mais adequados à racionalidade ambiental.

Palavras-chave: Processo Civil; Direito Ambiental; preventividade; Tutela Inibitória; ônus probatório; provas em espécie.

RIASSUNTO

Questo studio cerca di presentare i principali aspetti della Tutela Inibitoria nella procedura civile, principalmente la sua applicazione e importanza nel campo del diritto ambientale e la sua peculiarità in materia di produzione di prove. La tutela inibitoria si pone come una promessa di salvaguardare il bene ambientale, data la precarietà delle vie giudiziarie repressive per garantire l'accesso all'ambiente equilibrato, dal momento che si basano sulla occorrenza precedente del danno. Con lo scopo di attaccare e reprimere la figura del illecito, questa tutela lungimirante fornisce meccanismi più efficaci per garantire i diritti diffuse, adattati a questo nuovo momento costituzionale e all'evoluzione che si è verificato nel secolo scorso nella procedura civile. Si deve fare attenzione, tuttavia, che, poiché si tratta di uno strumento di prevenzione e che non richiede la consumazione del danno per essere avviato, la Tutela Inibitoria mostra alcune difficoltà nell'operatività della prova. Così, questo studio si propone di presentare alcune possibili strategie per gestire al meglio la produzione in questo istituto processuale probatorio, come per esempio la distribuzione non uniforme del suo peso e mezzi di prova specifici e più appropriati alla razionalità ambientale.

Parole-chiave: Procedura Civile; Diritto Ambientale; preventivo; Tutela Inibitoria; onere della prova; prova in natura.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	TUTELAS JURISDICIONAIS: DO PROCESSO LIBERAL CLÁSSICO À POSITIVAÇÃO DAS TUTELAS ESPECÍFICAS.....	13
2.1	As espécies de tutela no Processo Civil Clássico: nascimento e superação.....	13
2.2	O advento da tutela específica no ordenamento jurídico brasileiro.....	17
3	O BEM AMBIENTAL: ADVENTO DE UMA RACIONALIDADE PRÓPRIA.....	24
3.1	O Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988.....	24
3.2	A imperatividade da precaução e da prevenção no trato com o meio ambiente.....	26
4	A TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL.....	35
4.1	Fundamento da Tutela Inibitória: dever de preventividade e foco no ilícito ambiental.....	35
4.2	As espécies de Inibitória: evitação da prática, da repetição ou da continuação do ilícito.....	39
5	A PROVA NO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO E A NECESSIDADE DE SE REPENSAR A RACIONALIDADE PROBATÓRIA EM FACE DO SURGIMENTO DOS DIREITOS DIFUSOS E DA TUTELA PREVENTIVA.....	43
6	NOVAS PROPOSTAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA O DIREITO AMBIENTAL.....	47
6.1	Preliminarmente: da possibilidade de disposição probatória distinta da prevista no art. 333, do CPC.....	47

6.2	A inversão do ônus da prova.....	49
6.3	A teoria dinâmica do ônus probatório.....	53
7	DAS PROVAS EM ESPÉCIE: OS METODOS MAIS UTILIZADOS PARA O CONVENCIMENTO EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	57
7.1	Considerações iniciais: peculiaridades relativas ao objeto da prova na tutela inibitória.....	57
7.2	Provas atípicas: fundamento e importância.....	59
7.3	Prova Indiciária e Presunções.....	61
7.4	Prova Pericial.....	65
7.5	Prova Estatística.....	67
8	CONCLUSÃO.....	70
	REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

O constante incremento da complexidade social, intensificado sobremaneira a partir do último século, levou ao surgimento de novas necessidades, novas ambições e, por conseguinte, novas demandas, que foram paulatinamente traduzidas em direitos reconhecidos constitucionalmente.

Acompanhando esse processo, a Constituição Federal de 1988 conferiu *status* privilegiado a uma série de “necessidades atuais”, elevando-as ao patamar de *direito fundamental*.

Como representante notório desses novos tempos, podemos citar o direito ao meio ambiente sadio, reconhecido constitucionalmente como essencial à qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Um direito como esse, de caráter difuso e não patrimonial, embora apresente incontestável relevância, não guarda compatibilidade com a lógica monetária, individual e patrimonialista que vigorava nas legislações pátrias há até pouco tempo, e ao redor da qual se estruturaram as ferramentas de tutela das garantias constitucionais.

Nesse viés, para além do notório avanço possibilitado pela inclusão do meio ambiente sadio no rol de direitos fundamentais, faz-se necessário um olhar atento sobre os mecanismos de efetivação de tal garantia, de modo a assegurar que o dispositivo constitucional não se torne letra morta, redundado em mero arabesco legislativo.

A par dessas considerações iniciais, o presente estudo pretendeu partir da análise de um dos mais aclamados instrumentos processuais de defesa ambiental da atualidade – a tutela inibitória –, para avaliar aquela que seria sua principal peculiaridade e, talvez por esse motivo, sua maior dificuldade de operacionalização: a prova.

Como será exposto nas páginas que se seguem, a tutela inibitória não cogita do dano para sua efetivação e, por conseguinte, também os meios probatórios utilizados em seu pleito deverão se ater à ocorrência ou mera probabilidade do ilícito.

Outrossim, em se tratando de tutela inibitória ambiental enquanto instrumento de proteção preventiva ao meio ambiente, toda sua estrutura, bem como a prova empregada para requerê-la, deverão estar voltadas ao futuro, com vistas a permitir um atuar jurisdicional efetivo, tempestivo e protetivo.

Tem-se configurada, pois, a dificuldade em se operar com uma estrutura de prova tão singular: em um sistema jurídico originalmente fundado sobre as premissas do dano prévio à atuação jurisdicional e da técnica indenizatória pecuniária, como compreender a produção probatória que rechaça tal lógica? Como pleitear a tutela judicial com base em provas indiciárias de difícil demonstração, face à frequente hipossuficiência do ambiente em relação a seu agressor?

É justamente essa dificuldade que se pretende averiguar no curso do presente estudo, partindo-se de teorias que se proponham a repensar a técnica probatória clássica, e que forneçam um novo olhar em relação às ferramentas adequadas à tutela dos direitos difusos, em especial do meio ambiente equilibrado.

Partindo-se desse objetivo inicial, se intentará estabelecer uma visão crítica quanto às ferramentas processuais de produção probatória empregadas na defesa ambiental, pondo em foco seus principais conceitos, ambições e deficiências.

Muito embora não se tenha por fim fixar um modelo a ser seguido na produção de provas para as ações de tutela inibitória ambiental, o presente estudo se debruçará sobre as técnicas mais emblemáticas nesse sentido, com o intuito de contribuir para a construção de uma visão geral do leitor a respeito da relação entre processo, tutela ambiental e provas empregadas em sua salvaguarda.

Em derradeiro, impende destacar que os limites porventura constatados em relação à construção da prova na tutela inibitória ambiental não objetivam indicar a ineficácia do instituto, mas sim pôr em foco possíveis caminhos a serem seguidos, com vistas a efetivar seu objetivo principal, qual seja, evitar a prática, continuação e repetição de ilícitos ambientais e, por conseguinte, assegurar sua proteção.

2 TUTELAS JURISDICIONAIS: DO PROCESSO LIBERAL CLÁSSICO À POSITIVAÇÃO DAS TUTELAS ESPECÍFICAS

2.1 AS ESPÉCIES DE TUTELA NO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO: NASCIMENTO E SUPERAÇÃO

A classificação construída pela doutrina quanto às espécies de tutela considera basicamente o provimento que será fornecido pelo processo quando este atingir seu fim. Nesse sentido, a divisão doutrinária estabelece três tipos de tutelas jurisdicionais, quais sejam, a tutela declaratória, a constitutiva e a condenatória.

Essa classificação, entretanto, toma por base uma racionalidade excessivamente jurídico-teórica, afastando-se sobremaneira dos efeitos práticos que se pretende retirar de qualquer provimento jurisdicional.

Não se considera de maneira adequada, por exemplo, de que modo essas tutelas serão colocadas em prática uma vez que a sentença é proferida, ou de que forma os direitos em lide serão concretamente garantidos.

Analisando de modo específico cada uma das tutelas clássicas, suas insuficiências restam ainda mais evidentes, em especial quando se pensa em hipóteses mais complexas, como é o caso dos direitos difusos – dentre eles, o direito ao meio ambiente sadio, que será analisado de forma específica mais adiante.

A tutela declaratória, como se sabe, limita-se ao juízo de certeza, ou seja, o demandante, ao pleiteá-la, deseja obter uma declaração de certeza acerca da existência ou inexistência de determinada relação jurídica ou de determinado fato. Por consequência, a sentença meramente declaratória não se presta a impedir a violação do direito, tampouco está apta a garantir sua recomposição.

A tutela constitutiva, a seu turno, embora também possua uma declaração em seu comando, apresenta um elemento a mais. Para além da mera declaração, as sentenças constitutivas criam, modificam ou extinguem uma relação jurídica, estabelecendo, pois, uma situação nova, sob o ponto de vista jurídico. Em que pese sua eficácia mais abrangente em comparação à espécie anterior, esta também não está apta a atender aos casos mais emblemáticos, haja vista que não atua de modo

a evitar a violação de direitos complexos, por exemplo.

Por fim, cumpre analisar a tutela condenatória que, quando apreciada de modo crítico, não possui grande distinção prática das demais. Ocorre que, por meio da sentença de condenação, o juiz declara a existência da relação jurídica afirmada pelo demandante, indicando a sanção que incidirá sobre o demandado se este se recusar a cumprir a sentença. Na prática, oportuniza-se ao reconhecido titular do direito o acesso a uma outra modalidade de ação, qual seja, a ação de execução. É justamente essa forma de tutela jurisdicional que é vista pela doutrina clássica como o meio apto a possibilitar o efetivo cumprimento do provimento determinado em sentença.

Entretanto, uma vez mais se revela nítido o distanciamento entre as facetas teórica e prática, já que o acesso ao direito, embora reconhecido, só será efetivado em uma fase processual seguinte, ou seja, na Execução. Reafirma-se, pois, o distanciamento entre o que se opera na esfera jurídica e o que se pretende obter no mundo concreto.

É justamente esse o entendimento defendido por Arenhart, que de modo bastante objetivo sintetiza as insuficiências da racionalidade processual civil clássica:

“Eis aí a grande dificuldade em operar com essa classificação. Como ela está umbilicalmente vinculada à visão de um mundo jurídico separado do mundo fático, a atuação das pretensões à prestação por essa via torna-se dependente da capacidade de esse plano abstrato absorver o mundo real e fazer-se impor sobre ele. Como, porém, isso não ocorre, tem-se então um abismo entre a necessidade efetiva de tutela do interesse e a possibilidade de realização, conforme os ditames principiológicos estabelecidos no mundo jurídico.”¹

Não é o caso, por certo, de se refutar a serventia prestada pelas tutelas clássicas na defesa de certos direitos, em especial os de cunho patrimonial. Sua importância é inegável, caso contrário, a própria classificação trinária das sentenças não teria contado com tamanha repercussão doutrinária ao longo do desenvolvimento do Direito Processual Civil. Entretanto, cumpre reconhecer que sua estrutura emerge de um contexto jurídico-social de menor complexidade, no qual

¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003. – (Coleção Temas atuais de direito processual civil; 6), p. 59.

certas garantias eram impensáveis e direitos que transcendessem a lógica pecuniária – como os direitos difusos – ainda não integravam o ordenamento jurídico.

O processo civil clássico fundou-se sobre o escopo de uma sociedade preocupada com a implementação e manutenção de valores como o da liberdade individual, da segurança jurídica, e da patrimonialidade – este último estendido inclusive aos direitos de modo geral.

De modo a assegurar que tais ideais se impusessem na seara jurídica, a racionalidade processual tomou por base os princípios da neutralidade do juiz, da autonomia da vontade e do afastamento entre o Estado e as relações dos particulares, afirmando, pois, os alicerces próprios do direito liberal.

Toda a lógica da classificação trinária, nesse sentido, refletia de forma muito coerente a racionalidade de um Estado que se pretendia liberal, atendendo aos anseios sociais e jurídicos próprios desse sistema.

Porém, conforme esse contexto social foi se alterando, distanciando-se pouco a pouco do modelo puramente liberal, outras expressões de direitos surgiram, em resposta a necessidades que antes não se faziam sentir ou não encontravam guarida na esfera jurídica. No que se refere especificamente à formação dos direitos difusos, “consequência inevitável da rebelião das massas (...), ou da multiplicação dos direitos (...), ou ainda da massificação social”², um Estado que limitasse sua atuação jurisdicional ao deficitário e já insuficiente sistema liberal-individualista do Processo Civil Clássico revelou-se inconcebível.

Novos direitos demandavam, por conseguinte, novas ferramentas para sua efetivação, haja vista que os métodos fornecidos pelo processo civil clássico começavam a revelar suas insuficiências. A crença na patrimonialidade aplicável a todos os direitos, por exemplo, já não se ajustava aos direitos transindividuais e indisponíveis, pois a mera restituição em pecúnia não satisfazia o objetivo essencial de proteção neles traduzidos.

As máximas da liberdade individual e da não interferência nas relações privadas tampouco poderiam se manter diante dessa nova racionalidade, já que a ofensa a direitos difusos resultaria em uma agressão não apenas ao particular, mas a toda a coletividade, demandando, pois, uma resposta ativa por parte do Judiciário

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 641.

mesmo que o indivíduo diretamente lesado não manifestasse intenção em defender o direito em questão. Tal resposta também não poderia se limitar única e exclusivamente ao patrimônio do transgressor, já que, em certos casos, seria necessário um fazer específico de sua parte para se fazer valer o comando normativo.

Nesse diapasão, as técnicas processuais tradicionais, bem como a estrutura clássica das tutelas jurisdicionais, revelaram paulatinamente suas limitações, impondo a necessidade de se pensar em um processo civil que, para além de restituir monetariamente as garantias individuais em caso de descumprimento, realizasse a tutela específica dos direitos não pecuniários, possibilitando um atuar antecipatório que ressaltasse sua inviolabilidade.

Neste contexto, Marinoni conclui, de maneira, precisa, que:

“A necessidade de tutela preventiva exige a estruturação de um procedimento autônomo, dotado de tutela antecipatória e que desemboque em uma sentença que possa impor um fazer ou um não fazer sob pena de multa. (...) Um procedimento desse tipo é absolutamente imprescindível em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos direitos não patrimoniais, os quais evidentemente não podem ser tutelados de forma adequada através de procedimentos que finalizam nas sentenças da classificação trinária.”³

Nessa nova concepção, a tutela da integridade do ordenamento jurídico, possibilitando o acesso do jurisdicionado a respostas preventivas por parte do Estado, consiste não apenas em um direito do cidadão de ver assegurada a plena eficácia da norma fundamental a ele constitucionalmente garantida, mas também um dever do Estado de não se manter inerte diante da possibilidade de lesão a tais normas.

Merecem destaque os dizeres de Luciane Tessler:

“Um ordenamento que possui normas de direito material conferindo proteção aos direitos, mas não possui mecanismos para efetivação destas normas, apenas os proclama. A tutela da norma é imprescindível para a legitimação do Estado. Ora, se o Estado vedou a autotutela, passou a ser responsável pela promoção da paz social. Portanto, não pode restar inerte diante da ofensa às normas que

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 22 – 23.

estabelece.”⁴

Conclui-se, pois, que em matéria de proteção ambiental, especificamente, a aplicação da técnica processual adequada ao caso concreto é condição de efetivação do acesso à justiça, tendo em vista o cunho difuso e peculiar do direito material em questão, que, por consequência, exige uma atividade jurisdicional preventiva para que seja satisfatoriamente tutelado.

2.2 O ADVENTO DA TUTELA ESPECÍFICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme exposto anteriormente, foi justamente em face da necessidade de se atender de forma eficiente ao jurisdicionado nas suas novas pretensões que surgiu a tutela inibitória, com a promessa de fornecer um meio eficaz de prevenção do ilícito.

Desta feita, a tutela inibitória tem como fito a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, revelando, pois, o seu caráter preventivo.

Seu fundamento maior reside na própria Constituição da República, precisamente no art. 5.º, XXXV, que estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". É justamente essa previsão constitucional que deve ser compreendida como o alicerce viabilizador da tutela preventiva em termos gerais. Partindo-se desse fundamento, o sistema de tutela dos direitos passa a se distanciar da ação una e abstrata e inicia sua estruturação em torno dos resultados práticos almejados por aquele que recorre ao amparo jurisdicional.

A concepção legislativa mais abrangente da inibitória é aquela que a admite não apenas para evitar a continuação ou a repetição do ilícito, mas também em sua forma pura, ou seja, viabilizando a emissão de um comando preventivo antes

⁴ TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; 9), p. 230.

mesmo da ocorrência do ilícito.

Em um primeiro momento, foi apenas a concepção pura ou típica da tutela inibitória que se fez presente no ordenamento jurídico brasileiro, através do interdito proibitório e do mandado de segurança preventivo.

Enquanto o interdito proibitório referia-se ao fundado receio de cometimento de um ilícito contra a posse – conforme se extrai do art. 932 do CPC ⁵ –, o mandado de segurança preventivo – originariamente regulado pela Lei nº 1.533/51 – destinava-se a prevenir a agressão contra direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que seu titular estivesse sendo lesado ou se encontrasse na eminência de ser lesado por ato ilegal – art. 1º, da Lei nº 1.533/51.⁶

Entretanto, esse foi apenas um primeiro passo na construção de um arcabouço jurídico para a tutela inibitória. A mera exigência constitucional de que o jurisdicionado pudesse se fazer ouvir antes mesmo que a lesão ao seu direito se consumasse – ou seja, de forma preventiva – de nada adiantaria se tal garantia não fosse levada a cabo em todas as suas expressões.

Com vistas a isso, era necessário que todo um conjunto normativo e instrumental fosse criado, já que o sistema existente até então não dava conta de atender todas as peculiaridades inerentes a essa nova dimensão da ação.

A esse respeito, manifestou-se Arenhart, ao tratar dos elementos necessários para se garantir que a tutela inibitória se concretizasse:

“Como cediço, para a proteção inibitória, é indispensável a conjugação de alguns elementos: a) em primeiro lugar, é necessário dispor de ação em que o magistrado tenha condições de efetivamente ordenar ao requerido a adoção de certo comportamento (em geral, negativo, mas eventualmente também positivo), dispondo de meios de coerção adequados e flexíveis, para assegurar o efetivo cumprimento desse comando; b) é necessário um procedimento célere o suficiente para permitir a emanção de provimento antes da ocorrência da violação ao

⁵ Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

⁶ Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.
(...)

direito, o que em princípio se obtém em função da restrição da cognição judicial, que se limita à avaliação da ameaça de lesão, sem questionar de dano ou culpa, que em regra exigem provas mais elaboradas; c) é indispensável também que se permita, para casos em que a lesão ao direito se mostre iminente, a outorga de proteção provisória e satisfativa (inibitória), sem prejuízo de avaliação posterior, com observância integral do contraditório e completude de instrução.”⁷

No plano infraconstitucional, é possível afirmar que essas necessidades foram atendidas pela redação do art. 461 do Código de Processo Civil – no que se refere à tutela inibitória individual – e do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor – no plano coletivo.

Nesse diapasão, Luciane Tessler ressalta a importância desses dispositivos na efetivação de uma tutela de fato comprometida com a guarda da integralidade dos direitos de nova geração:

“Os arts. 461 do CPC e o art. 84 do CDC conferem ao jurisdicionado o direito ao cumprimento específico da obrigação. Destes dispositivos, infere-se que o cidadão tem o direito de ver cumprida exatamente a obrigação trazida pela lei. Por isso, diante do descumprimento de uma obrigação de fazer, ou de uma obrigação de não fazer (dever de abstenção), surge ao jurisdicionado o direito subjetivo de postular em juízo a tutela inibitória positiva ou negativa, conforme se pretenda a ordem para fazer ou para uma abstenção. Esta ordem, destinada a inibir a violação à obrigação, tem por último escopo garantir o direito ao gozo do bem *in natura*.”⁸

Com a nova redação do art. 461 do CPC⁹, a inibitória atípica também passou a contar com ferramentas para sua efetivação. Com vistas a alcançar esse objetivo, o legislador recorreu à sentença mandamental, lançando mão de técnicas processuais que permitissem outras formas de tutela específica, a serem aplicadas em face do direito material que se pretendia salvaguardar em cada caso concreto.

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003. – (Coleção Temas atuais de direito processual civil; 6), p. 219 - 220

⁸ TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; 9), p. 239

⁹ Art. 461 do CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Dessa forma, buscou-se estender a abrangência da preventividade estabelecida no texto constitucional, conferindo aplicabilidade real a essa nova dimensão do direito de ação.

A esse respeito, destaca-se a lição de Marinoni:

“É preciso compreender que o direito de ação não pode mais ser pensado como simples direito à sentença, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo. Se o cidadão deve buscar o Judiciário, e esse possui a obrigação de lhe prestar a efetiva tutela de seu direito, é evidente que, por meio da ação, o direito afirmado deve encontrar caminho para que, quando reconhecido, possa ser efetivamente tutelado.”¹⁰

Outro aspecto de grande importância para a efetivação da tutela inibitória foi a possibilidade de utilização da multa como meio coercitivo imposto ao réu, de modo a constrangê-lo a um fazer ou não fazer, a depender do caso concreto. Vaja-se, a esse respeito, o parágrafo 5º do artigo em comento:

“§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

Constata-se, pois, que com a instituição dos fundamentos legais mencionados, a obtenção da tutela inibitória em sua forma atípica – ou seja, aquela que, para além de evitar a ocorrência do ilícito, impede sua repetição ou continuação – se tornou viável, através de uma ação autônoma e por meio das sentenças mandamental e executiva.

Em última análise, podemos concluir que a importância da reforma processual que introduziu o art. 461 no CPC repousa precisamente no fato de ter permitido que a ação inibitória fosse proposta de forma autônoma, desvinculando-a, pois, da ideia até então dominante de que era preciso se ingressar com uma ação principal para,

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

apenas em um momento seguinte que geralmente custava a chegar, se tornar possível a efetiva garantia do direito almejado e ora ameaçado. Era este o cenário que se tinha até o momento, a título de exemplo, para as ações cautelares, que foram usadas por muito tempo para se pleitear uma tutela preventiva, mas, justamente por manterem essa separação entre conhecimento e execução, revelavam-se, no mais das vezes, ineficazes.

De se ressaltar, ainda, a notável contribuição do referido artigo no que se refere à ampliação do rol de medidas executivas de que se vale o juiz para fazer valer seu comando e evitar que o direito defendido seja posto em xeque pelo ato ilícito.

No que se refere aos avanços possibilitados pela nova redação do art. 461 do CPC, merecem destaque as palavras de Marinoni:

“O art. 461 deve ser compreendido como a fonte normativo-processual da tutela inibitória 'individual' tornando viável a obtenção desta tutela através da propositura de uma única ação, sem que seja necessário pensar em ação cautelar e ação de execução.

O art. 461 quebra o princípio da tipicidade das formas executivas, prevendo a possibilidade de o juiz determinar a medida executiva adequada ao caso concreto. Estão elas enumeradas, de forma exemplificativa, no seu § 5º.”¹¹

Entretanto, importa destacar que qualquer ferramenta voltada a efetivar a implementação da inibitória restaria inócua caso não houvesse a possibilidade de seu deferimento de forma antecipada. Isso porque, em se tratando de uma tutela essencialmente preventiva, a emergência em sua concessão se faz presente na maior parte das vezes. Nesse sentido, merece relevo o § 3º, do art. 461 do CPC, que autoriza expressamente a concessão da tutela pleiteada via liminar, em se constatando presente justificado receio de ineficácia do provimento final, o que vem sido reconhecido pelos provimentos judiciais nas mais diversas esferas do Direito.¹²

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

¹² AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS C/C COM TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA - ATO ILÍCITO DA APELANTE - REPARAÇÃO CIVIL (ARTIGO 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL)- ABUSO DE DIREITO ARTIGO 187 DO CCB CONFIGURADO NO DESLIGAMENTO ARBITRÁRIO DO SISTEMA DE ÁGUA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E NO TRATO NÃO URBANO COM

No que se refere à antecipação da tutela inibitória no plano coletivo, esta encontra seu fundamento legal no § 3º do art. 84, do CDC¹³, que basicamente reproduz o comando previsto no art. 461 do CPC.

Cumpre indicar, no que tange à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no plano coletivo:

“O art. 84 do CDC, embora incluído em um diploma que regulamenta as relações de consumo, aplica-se à defesa de *qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo*. Isso porque, nos termos do art. 90 do CDC, às ações fundadas no Código de Defesa do Consumidor se aplicam as normas da Lei da Ação Civil Pública e as normas do Código de Processo Civil, naquilo que não contrariar suas disposições. No mesmo sentido, a Lei 7.347/1985 estabelece, em seus arts. 19 e 21, que se aplica à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Código de Processo Civil e o Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, no que inclui o mencionado art. 84.”¹⁴

(grifos no original)

Nessa seara, pode-se constatar que ambos os dispositivos perseguem a

O INQUILINO FRENTE A TERCEIROS - RELATIVIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE ANTE O PRINCÍPIO STANDART DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. "Impõe-se, por conseguinte, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; a libertação da "angústia da existência" da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas. 2. O artigo 187 do CCB é expressivo ao denotar que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou bons costumes. 3. No exercício de um direito, o sujeito deve manter-se nos limites do razoável, sob pena de praticar ato ilícito e assim, se ver obrigado a indenizar. 4. O fato é que toda e qualquer manifestação que resulte em desequilíbrio ao bem-estar das pessoas representa um dano de natureza íntima. Assim, para que ocorra esse desequilíbrio é necessário que as pessoas tenham sido alvo de lesões no seu patrimônio ideal, no que resulta em dano. Ora, a ocorrência do ato lesivo e o surgimento do dano acarretam a consequente necessidade de reparar.

(Brasil. TJ-PR, AC 3542494/PR 0354249-4, j. 07.12.06, Rel. Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes)

¹³ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

¹⁴ SERRA, Tatiana Barreto. Tutela inibitória coletiva do meio ambiente face ao risco ambiental. In: Revista de Direito Ambiental. vol. 66, ano 17, 2012. p. 193-194.

maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional efetivada. Em outras palavras, norteiam-se pela busca do resultado prático equivalente, dando concretude à tutela específica e, em igual sentido, à inibitória.

3 O BEM AMBIENTAL: ADVENTO DE UMA RACIONALIDADE PRÓPRIA

3.1 O DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição da República de 1988, inseriu-se em nosso sistema jurídico uma nova categoria de bens: os bens de uso comum do povo e essências à sadia qualidade de vida. Essa classificação, inovadora para os padrões normativos nacionais, impôs uma reestruturação da compreensão que se tinha até então a respeito dos bens jurídicos, já que se tratava de uma categoria que não ostentava natureza jurídica de bem público, tampouco de bem privado.

No que se refere especificamente ao bem ambiental, a Carta de 1988 o qualifica como direito difuso na redação de seu art. 225, *caput*¹⁵, recepcionando o conceito de meio ambiente estabelecido na Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente.

O art. 3º, inciso I, da referida Lei, preceitua:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, **que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas**;

(grifou-se)

Nessa medida, constata-se que a Política Nacional do Meio Ambiente, ao estabelecer a conceituação de meio ambiente, o faz relacionando diretamente sua tutela com a defesa da pessoa humana e, em última análise, com o direito à vida.

É justamente essa necessária ligação que se encontra reproduzida na disciplina constitucional ambiental, que classificou o acesso ao meio ambiente sadio não apenas como direito difuso, mas também como um direito fundamental, dada sua relevância para a manutenção da vida humana.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo define de modo muito preciso a opção feita

¹⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

pelo constituinte de 1988 por relacionar o bem jurídico ambiental ao direito à vida:

“A expressão ‘sadia qualidade de vida’ faz com que o intérprete, com segurança, associe o direito à vida ao direito à saúde (...), dentro de uma visão da legislação brasileira destinada a impedir que o meio ambiente viesse a ser apenas uma questão de sobrevivência, mas, efetivamente, ‘algo mais’ dentro de um parâmetro, vinculando o direito à vida em face de uma tutela à saúde com padrões de qualidade e dignidade”.¹⁶

Nesse diapasão, é possível perceber que o direito ao meio ambiente equilibrado é constitucionalmente estruturado não como condição de mera manutenção da vida, mas sim como pressuposto básico à dignidade humana.

Seguindo esta linha de raciocínio, é fácil concluir o porquê de, não raramente, depararmos com decisões judiciais que invocam a tutela do meio ambiente como pré-requisito de legitimidade de direitos constitucionais, como, por exemplo, o direito ao desenvolvimento econômico.

É o que se retira da leitura do art. 170, VI, da Constituição Federal¹⁷, que arrola a defesa do meio ambiente como princípio norteador da atividade econômica.

É possível perceber que o enfoque dado ao meio ambiente pela Carta Magna de 1988 colocou em relevo a cautela e a seriedade com que sociedade e Estado devem agir quando se está diante de um bem jurídico ambiental. Isso porque os constituintes partiram da premissa que a proteção ao meio ambiente estaria equiparada, em última análise, à preservação da espécie humana e da vida, de modo geral.

Destarte, sendo o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado um bem jurídico essencial à qualidade de vida, de uso comum do povo, possui *status* de direito fundamental. Nessa seara, a responsabilidade ambiental por eventuais danos ou mesmo ilícitos cometidos em desrespeito a esse direito, abarca uma função

¹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182.

¹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

social que está além da mera finalidade punitiva, revelando, em última análise, um caráter preventivo, didático e inibitório.

A correlação estabelecida entre o direito ao meio ambiente e os demais direitos do homem – começando pelo direito à vida – é inafastável, haja vista que o primeiro configura pressuposto de exercício lógico de todos os demais, sejam estes direitos sociais, da personalidade ou mesmo políticos.

Diante disso, pode-se compreender que a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, também prevista na Constituição Federal, em seu art. 1º, III¹⁸. Daí porque a restrição a outras garantias constitucionais é considerada justificável por muitos quando se está diante da necessidade de se salvaguardar o bem ambiental.

3.2 A IMPERATIVIDADE DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO NO TRATO COM O MEIO AMBIENTE

Como se viu, o direito ao meio ambiente equilibrado inaugura uma nova racionalidade no sistema positivo brasileiro, articulando as noções de titularidade difusa, direito fundamental e condição básica à vida humana digna.

Importa agora analisar outro aspecto referente a esse bem jurídico tão peculiar, que será de grande importância para a compreensão dos pontos que virão a seguir: a dificuldade ou impossibilidade de recompô-lo uma vez que sua integridade é abalada.

Em outras palavras, ao se cogitar do direito ambiental, é essencial que se adote uma postura permanentemente preventiva e um olhar crítico voltado ao futuro, pois será sempre mais eficaz evitar a consumação do ilícito ou do dano do que, posteriormente, travar esforços imensuráveis na tentativa de retornar ao *status quo* prévio.

Afinal, apenas garantindo que esse direito se cumpra em sua integralidade é

¹⁸ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

que sua tutela constitucional faz sentido, já que seu cunho não monetário não permite que a mera conversão em pecúnia logre atender aos objetivos de sua proteção.

Os exemplos dessa peculiaridade são os mais diversos: a extinção de determinada espécie animal ou vegetal pela ação humana não pode ser revertida por meio do método de indenização patrimonial; o modo de vida adotado por uma comunidade ribeirinha que vive da pesca não pode se manter após a poluição irremediável do rio por uma indústria, ainda que esta seja responsabilizada através da técnica pecuniária.

Diante disso, é possível constatar que o trato com o meio ambiente exige um olhar de constante cuidado, onde os riscos de toda e qualquer atividade devem ser analisados prévia e continuamente, visando sempre evitar que uma situação irremediável se configure.

Justamente por não ignorar tais particularidades é que o Direito Ambiental se solidificou com base em dois princípios básicos, dentre tantos outros que o informam: os princípios da prevenção e da precaução.

Analisemo-los de forma mais detalhada a seguir:

a) PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO:

O significado de prevenção traz em seu bojo a ideia de se antever, de se antecipar, e, tratando mais especificamente do conceito aplicado ao Direito Ambiental, de ação voltada a evitar a ocorrência de um mal indesejado.

Ao se pensar em meio ambiente, o princípio da prevenção refere-se aos riscos já conhecidos ou de provável ocorrência, os quais, justamente por comportarem esse potencial intrínseco de gerarem consequências ambientais indesejáveis – que, como visto, raramente poderão ser plenamente desfeitas – devem ser freados.

Assim, o princípio da prevenção impõe que a sociedade e o Poder Público não fechem os olhos aos perigos conhecidos ou de fácil previsão, já que, em se tratando de natureza, a postura preventiva deverá ser a escolha padrão.

O princípio da prevenção foi recepcionado claramente pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Rio-92), que em seu Princípio

Oitavo assim dispôs:

“Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.”

Percebe-se, pois, uma preocupação em se adequar o desenvolvimento econômico à tutela ambiental, sendo imperioso, para tanto, afastar desde logo os riscos conhecidos e insustentáveis das atividades humanas.

Nesse contexto, é possível extrair do princípio da prevenção a impossibilidade de se alegar a necessidade de perpetuação do desenvolvimento para autorizar a tolerância de atividades cujas consequências sejam sabidamente intoleráveis sob o ponto de vista ambiental.

No que se refere ao ordenamento jurídico constitucional pátrio, importa reconhecer que o princípio da prevenção foi expressamente recepcionado, mais precisamente no *caput* do art. 225, que atribuiu o dever de proteção e preservação do meio ambiente ao Estado e à coletividade em geral.

A legislação nacional tomou como norte a ideia de que prevenir será sempre preferível em comparação a ressarcir. Afinal, o sistema jurídico, por mais que se cerque dos mais avançados instrumentos processuais de tutela ambiental, é incapaz de possibilitar o reestabelecimento de uma situação idêntica à anterior, uma vez que as consequências danosas ao meio ambiente se consumaram. Com vistas a isso, o princípio da prevenção é considerado um dos fundamentos do direito ambiental, sendo, para além disso, um objetivo a ser alcançado.¹⁹

Em última análise, o dever de prevenção demanda a construção de uma *racionalidade preventiva* que, do ponto de vista do Poder Público, deve permear os mais diversos setores. Inclui-se, aí, o próprio Poder Judiciário. A esse

¹⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

respeito, manifesta-se de modo esclarecedor Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

“O princípio da prevenção encontra-se presente ainda na ótica do Poder Judiciário e da Administração. Com efeito, a aplicação da jurisdição coletiva, que contempla mecanismos de tutela mais adaptados aos direitos difusos, objetivando impedir a continuidade do evento danoso, bem como a possibilidade de ajuizamento de ações que apenas visem uma atuação preventiva, a fim de evitar o início de uma degradação (através de liminares, de tutela antecipada), a aplicação do real e efetivo acesso à justiça e o princípio da igualdade real, estabelecendo tratamento paritário entre os litigantes, são instrumentos utilizados com vistas a salvaguardar o meio ambiente e a qualidade de vida.”²⁰

A mesma ideia de fortalecimento de tutela preventiva e de evitação do dano e do próprio ilícito é contemplada na obra de Luciane Tessler. Se não, vejamos:

"Em face do Poder Judiciário, o princípio da prevenção serve como fundamento de ações preventivas ambientais. (...) Diante da inviolabilidade do bem jurídico ambiental, de nada adiantaria uma prestação jurisdicional após a superveniência do dano. Com base nesse princípio, o Judiciário não só pode, mas deve atuar com o escopo de prevenir não apenas o dano, mas, inclusive, a prática do ilícito.”²¹

Nesse diapasão, conclui-se que a aplicação do princípio da prevenção na tutela de direitos ambientais representa precisamente o reconhecimento de que a integralidade desse bem jurídico tão peculiar é o que de fato interessa, sendo preferível, em grande medida, à reparação posterior. Afinal, ainda que esta seja determinada posteriormente pelo Judiciário, independente do valor pago pelo poluidor, o acesso ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado já terá sido impedido. E, muitas vezes, de modo irreversível.

b) PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Neste princípio, por sua vez, embora se trabalhe igualmente com a ideia de

²⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127-128.

²¹ TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; 9), p. 117-118.

evitação da consumação do dano ou do ilícito, a averiguação dos riscos é elevada a outro patamar.

Diferentemente do que ocorre no princípio da prevenção, aqui a mera incerteza quanto à existência ou não de riscos intoleráveis em determinada atividade já é razão suficiente para impedir sua prática. Ocorre, portanto, que a incerteza não pode mais ser utilizada a favor do agente, devendo, ao contrário, se prestar a intensificar a cautela e a precaução no trato ambiental.

Analisando de modo comparativo esses dois princípios, Paulo Affonso Leme Machado concluiu que:

“Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção”.²²

O princípio da precaução foi expresso na Declaração do Rio/92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, que em seu Princípio 15 assim estabeleceu:

“Com o fim de proteger o meio ambiente, o **princípio da precaução** deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a **ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.**”

(grifou-se)

Em outras palavras, uma postura ambiental pautada na ideia de precaução deve por em prática todas as medidas possíveis para salvaguardar o meio ambiente, ainda que existam dúvidas quanto ao risco real e o potencial lesivo de determinada atividade. É a aplicação por excelência da ideia de que, da dúvida, deve se priorizar o ambiente (*in dubio pro ambiente*).

²² MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 108.

Em 1990, durante a *Bergen Conference* realizada nos Estados Unidos, uma outra definição do Princípio da Precaução havia sido proposta: “*É melhor ser grosseiramente certo no tempo devido, tendo em mente as consequências de estar sendo errado, do que ser completamente errado muito tarde*”.²³ Essa definição traz a ideia de que os prejuízos porventura advindos do “excesso de zelo” em relação ao ambiente em caso de incertezas quanto aos riscos, serão sempre menores do que aqueles decorrentes da adoção de uma postura negligente em relação a tais incertezas.

Nesse contexto, Paulo Affonso Leme Machado ensina que:

“A precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar o futuro. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.”²⁴

A par dos principais aspectos concernentes a este Princípio aqui exposto, pode-se extrair quatro componentes básicos que o informam, quais sejam:

- (a) a **incerteza** passa a ser considerada na avaliação de risco;
- (b) o **ônus da prova** cabe ao proponente da atividade;
- (c) é necessário realizar um **estudo comparativo** extenso entre as alternativas existentes para bem se chegar a uma avaliação de risco consciente;
- (d) com vistas a obedecer ao princípio da precaução, a decisão tomada deverá ser **transparente**, permitindo a participação dos envolvidos no processo.

Dentre esses aspectos, cumpre analisar de forma mais minuciosa os dois primeiros, por estarem estritamente vinculados ao objeto do presente estudo.

Preliminarmente, no que concerne à incerteza presente na avaliação de risco, cabe ressaltar o papel desempenhado pelo princípio da precaução quanto à

²³ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o>>, acessado em 25/08/2014.

²⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83.

concepção do dano ambiental. É justamente a adoção de uma postura precaucionista que permitiu um olhar preventivo na tutela do meio ambiente, conferindo validade, inclusive, às medidas judiciais que visam afastar a mera ameaça de dano ou, no nosso caso, o ato ilícito.

No atual nível de evolução do Processo Civil e do Direito Ambiental, a possibilidade de se recorrer ao Judiciário de forma prévia à consumação da degradação ambiental nos parece algo óbvio. Entretanto, nem sempre foi assim. Na década de 1980, por exemplo, a certeza científica quanto aos danos ambientais era pressuposto obrigatório para que as medidas de evitação desses danos pudessem ser acionadas.²⁵

É inegável, porém, que quando a certeza científica do dano se faz presente e pode ser satisfatoriamente demonstrada, a aplicação das medidas ambientais cabíveis se torna muito mais fácil e de custoso questionamento. Por outro lado, se a utilização de tais medidas só pudesse ser requerida na presença do respaldo científico, estariam abertas as portas para o caos ambiental, vez que os efeitos dos possíveis danos são, no mais das vezes, irreversíveis. A par disso, o princípio da precaução nos impõe que a inércia seja abolida da tutela ambiental, e que, em caso de dúvidas consistentes, a garantia constitucional ao meio ambiente equilibrado prevaleça.

De forma bastante precisa, Álvaro Mirra assevera que o princípio da precaução permitiu a substituição do critério da certeza pelo critério da probabilidade. Em outras palavras, “a ausência da certeza científica absoluta no que se refere à ocorrência de um dano ambiental não pode ser vista como um empecilho para a aplicação das medidas ambientais. Assim, o princípio da precaução impõe que, mesmo diante da incerteza científica, medidas devem ser adotadas para evitar a degradação ambiental.”²⁶

Em síntese, o princípio da precaução confere à incerteza quanto à ocorrência do dano uma importância singular, vez que, ao contrário de ignorá-la, passa a considerá-la fundamento para o cuidado ambiental preventivo.

²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 112.

²⁶ MIRRA, Álvaro. In: MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Inovações em Direito Ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 67-68.

Nesse sentido, o princípio da precaução confere legitimidade e razão de ser ao instituto da tutela inibitória, uma vez que justifica a necessidade de um atuar imediato e eficaz por parte do Judiciário já no momento anterior ao ilícito, de modo a evitar que uma degradação ambiental irreversível se concretize por conta da inércia – como vimos, injustificável – daqueles que poderiam ter paralisado ou evitado o ato contrário ao meio ambiente ao seu primeiro sinal.

Passando agora à análise da inversão do ônus da prova – que será apenas brevemente introduzida neste tópico, sendo melhor detalhada em capítulo específico –, temos que o princípio da precaução, justamente por não considerar a incerteza científica óbice à implementação de medidas protetivas, impõe ao interessado no desenvolvimento da atividade o encargo de comprovar que esta não trará consequências indesejadas e intoleráveis ao meio ambiente.

Tal racionalidade baseia-se na responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental, que impõe ao poluidor a obrigação de reparar os danos causados independente de dolo ou culpa. Assim, a certeza que antes era exigida em relação aos malefícios advindos de determinada atividade, agora se impõe quanto à ausência de tais prejuízos, que deverá ser comprovada pelo interessado em realizar a ação.

Em outras palavras:

“O princípio da precaução consagra o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano”.²⁷

Conclui-se, pois, que em face da incerteza quanto à potencialidade ambiental lesiva de determinada atividade, a postura a ser adotada, em princípio, será no sentido de impedir a sua prática, direcionando a dúvida em favor do meio ambiente. Entretanto, se o interessado no desenvolvimento de tal atividade pretender, de fato,

²⁷ MIRRA, Álvaro. In: MORATO LEITE, José Rubens (Org.). Inovações em Direito Ambiental. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

realizá-la, caberá a ele afastar a incerteza e comprovar que de sua ação não emanarão danos.

Cabe enfatizar, ainda, que a construção de uma racionalidade preventiva e precavida em relação ao direito ambiental – e quanto aos direitos fundamentais, de modo geral – é medida que se impõe, não apenas com o fim da conferir maior efetividade ao processo civil, mas também para assegurar aplicabilidade ao direito material em si.

A esse respeito, merece destaque a lição de Thaís Venturi:

“(...) a fundada probabilidade da ocorrência de danos decorrentes da violação de direitos fundamentais – sobretudo os de natureza extrapatrimonial, que não comportam apropriada indenização – deve passar a inspirar, também, agora, a implementação de um sistema de responsabilização genuinamente preventivo, fundado na compreensão do significado e do alcance da chamada tutela inibitória, voltada contra a prática, reiteração ou manutenção da ilicitude.”²⁸

²⁸ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil preventiva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 251.

4 A TUTELA INIBITÓRIA AMBIENTAL

4.1 FUNDAMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA: DEVER DE PREVENTIVIDADE E FOCO NO ILÍCITO AMBIENTAL

Uma vez constatada a importância em se adotar uma racionalidade preventiva na proteção de direitos fundamentais – com especial destaque para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado –, revela-se nítida a importância de ferramentas jurídicas que assegurem justamente o devido cumprimento de tais normas, ampliando as fronteiras do direito de ação.

Dentro desta perspectiva, a ferramenta de destaque na proteção jurisdicional da norma é, atualmente, a tutela inibitória, já que seu objetivo principal consiste na evitação da prática de atos contrários à prescrição legal. Em outras palavras, sua finalidade é evitar a prática, a repetição e a continuação do ilícito.

Nessa dimensão, constatada a iminência de violação de determinada norma, a tutela inibitória poderá ser requerida em juízo, de modo a assegurar a efetividade do conteúdo da obrigação ou do direito em pauta.

Especificamente no que concerne ao direito ambiental, importa destacar que esse direito de ação pode ser exercido por quem quer que seja, haja vista o caráter difuso do bem tutelado. Em outras palavras, não é necessário se perquirir se aquele que pretende se valer da tutela inibitória em defesa da integralidade da norma de direito ambiental é o diretamente afetado por sua possível lesão, já que estamos diante de um direito de caráter difuso. Basta, portanto, a comprovação de ameaça fundada de cometimento, continuação ou repetição do ilícito.

Além disso, o dever de proteção ao meio ambiente incumbe a todos, em consonância com o que prevê o art. 225 da Constituição Federal. Trata-se, pois, de obrigação passiva universal. A par disso, vejamos o que conclui Luciana Tessler a respeito da abrangência da tutela inibitória ambiental:

“Para a ação inibitória ambiental, pouco importa se o réu manifestou sua vontade na prática de conduta contrária ao direito, ou mesmo se

tinha a intenção de lesar o ambiente. Como o ilícito ambiental abrange tanto atos como fatos jurídicos, a simples exposição do ambiente a um risco intolerável (ameaça ao equilíbrio ecológico) já configura violação ao dever de preventividade.”²⁹

Uma vez constatado o caráter objetivo que informa o dever de preventividade ambiental, cumpre ressaltar um elemento de vital importância para a construção da tutela inibitória, qual seja, seu peculiar objeto: o ilícito. Posto isso, para bem compreendermos esta prestação jurisdicional, devemos primeiramente analisar a fundamental distinção entre dano e ilícito.

Embora seja pressuposto do dever de ressarcimento, típico da responsabilidade civil, o dano não se faz necessário para que o dever de preventividade objetiva se origine. Isto porque, em muitos casos, “ilícito e dano não se confundem: nem sempre do ilícito decorre o dever de reparar, visto que nem todo ato contrário ao direito produz dano”.³⁰

O ilícito deve ser combatido porque mesmo nas hipóteses em que a lesão à lei não desencadeia um dano concreto, o Estado não pode se calar diante da afronta ao seu ordenamento jurídico. Assim, faz-se necessária uma tutela jurisdicional que possa ser acionada antes da consumação do dano, quando a norma for posta em risco.

Tem-se revelada, então, mais uma dimensão da inovação representada pelo advento da tutela inibitória, uma vez que contempla nitidamente esta tão importante distinção: sendo dano e ilícito institutos diversos, merecem também ferramentas processuais distintas. Aí está, talvez, o principal mérito desta forma de tutela, o qual foi reconhecido por Arenhart ao afirmar que “jamais se poderia imaginar uma tutela reparatória de prejuízo, utilizada em relação a condutas que não geram nenhum dano, limitando-se a serem ilícitas.”³¹

Talvez a diferença entre um e outro instituto possa ser mais fielmente traduzida

²⁹ TESSLER, Luciane Gonçalves. Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (Coleção Temas atuais de direito processual civil; 9), p. 236.

³⁰ *Ibidem*, p. 205.

³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003. – (Coleção Temas atuais de direito processual civil; 6), p. 101.

ao considerarmos o dano em si como uma possível consequência do ato ilícito, sendo que este pode existir sem que aquele se concretize.

É neste sentido que não se faz necessário à tutela ambiental que se observe a ocorrência concreta de um dano, mas a mera infração ou ameaça de infração à lei já seria suficiente para se pensar em risco à garantia ambiental.

Tal concepção tem sua origem na doutrina italiana. Adalberto Albamonte, define com destreza a necessidade de se atentar para o ilícito, pura e simplesmente, na proteção ambiental:

“Sicché per integrare il fatto illecito, che obbliga al risarcimento del danno, non è necessario che l’ambiente in tutto o in parte venga alterato, deteriorato o distrutto, ma è sufficiente una condotta (dolosa o colposa) ‘in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge’ in quanto riconosciuta di per sé dalla stessa idonea a compromettere l’ambiente.”³²

Além disso, importa perceber que a ação inibitória não requer nem ao menos que se demonstre a probabilidade de dano futuro decorrente do ilícito. Isso porque conceber a evitação do possível dano como finalidade da tutela inibitória seria o mesmo que ignorar qualquer violação existente antes dele, desmerecendo a distinção entre a figura do dano e do ilícito. Entretanto, como já concluído anteriormente, “o dano é uma consequência eventual do ato contrário ao direito, os quais (...) podem e devem ser destacados para que os direitos sejam mais adequadamente protegidos”.³³

Sendo o ilícito ambiental elemento necessário à tutela inibitória do meio ambiente, devemos avaliar com cautela a definição atribuída a este instituto. A esse respeito, merece destaque a lição de Arenhart:

“Deveras, a caracterização de um ato ilícito (...) decorre simplesmente da verificação da subsunção de um ato (ou fato) a uma norma jurídica que lhe qualifique. Desde que uma norma jurídica descreva um fato, conferindo certos atributos a ele, tem-se um fato jurídico que, segundo

³² (1989, apud TESSLER, 2004, p. 208)

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 255.

a espécie de adjetivo conferido a ele, pode tornar-se fato ilícito. Para que um fato ou ato, pois, seja caracterizado como ilícito basta que seja ele colorido pela regra jurídica como tal, sem que deva, necessária e inexoravelmente, gerar por isso algum resultado no mundo sensível diante da sua verificação concreta. É dizer que, para que se possa ter um fato como ilícito, apenas se exige a sua qualificação por uma regra jurídica, sem que seja necessária qualquer espécie de cogitação sobre eventuais resultados que possa operar no mundo físico”.³⁴

Ao isolarmos a noção de dano da configuração do ilícito, devemos também repensar a carga subjetiva que permeia o primeiro elemento. Nesse sentido, conceitos como dolo ou culpa não encontram razão de ser em matéria de tutela inibitória, já que representam uma dimensão subjetiva que apenas tem sentido na aferição do dano. Desse modo, são aspectos indiferentes à prática, repetição ou continuação do ato ilícito.

Exigir o elemento subjetivo (culpa ou dolo) para a formação do elemento objetivo (ato ilícito) seria o mesmo que incluir essa categoria no gênero da responsabilidade civil, voltada para o dano. Diferentemente, compreendendo-se o ilícito, pura e simplesmente, como um ato contrário ao ordenamento jurídico – ainda que contenha, para além do direito positivo, os princípios próprios do sistema – não há o que se falar em elementos subjetivos para sua configuração.³⁵

Ao distanciar o ilícito do instituto do dano, a tutela inibitória revela seu mérito, conferindo melhor proveito à prevenção do que ao ressarcimento posterior. Apenas essa distinção permite a criação de uma forma de tutela essencialmente preventiva, voltada a combater o ato contrário à lei e evitar que qualquer lesão material ao ambiente se consume.

Tratando de direito ambiental, fica nítida a importância de se contar com uma ferramenta jurisdicional passível de ser acionada antes da consumação de um dano ao ambiente. Isso porque, no mais das vezes, uma vez materializada a poluição ou a devastação ambiental, o retorno à situação anterior revela-se impossível ou ao menos de difícil alcance.

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: RT, 2003. – (Coleção Temas atuais de direito processual civil; 6), p. 102.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37-38.

Nessa dimensão, ao refutarmos a ideia de culpa ou dolo na estruturação da tutela inibitória, faz-se necessário cogitar até que ponto a ocorrência de mero fato jurídico – cuja ocorrência possui representatividade para o Direito, mas independe da vontade humana – pode gerar responsabilidade para o agente.

Ora, se o dever de prevenção ambiental incumbe a todos – sendo, portanto, obrigação passiva universal – e o cometimento de ato ilícito representa elemento que baste a embasar o pedido de tutela inibitória, impende perquirir até que ponto o fato jurídico realmente representa circunstância inevitável e excedente aos limites da previsão humana.

Resta evidente que a lei não poderá exigir do indivíduo que se antecipe a todos os eventos naturais passíveis de gerarem consequências danosas ao meio ambiente. Entretanto, certas atividades envolvem, sabidamente, riscos inerentes – as chamadas *atividades potencialmente poluidoras* –, obrigando seu executor a tomar todas as medidas cabíveis para reduzir ao máximo as chances de realização desse perigo.

Nesse contexto, incumbe ao agente se precaver e adotar todas as medidas destinadas à redução de tais riscos, evitando que, uma vez ocorrido determinado fato “imprevisível”, eles alcancem um liame intolerável, vindo a se tornar ilícito ambiental.

Possível concluir, a par disso, que a imputação ou não de responsabilidade por fatos jurídicos ambientais indesejáveis deve necessariamente se basear nas circunstâncias do caso concreto: uma vez comprovado que o agente controlou ao máximo os riscos inerentes à atividade por ele desempenhada, não há o que se falar em cometimento de ilícito ambiental. Entretanto, se o risco criado foi intolerável, podendo ter sido amenizado antes da materialização do fato jurídico em questão, estamos diante da configuração de ilícito ambiental – ainda que dele não tenha advindo dano – e cabível será, portanto, a propositura de tutela inibitória em desfavor daquele que falhou no cumprimento do dever de preventividade.

4.2 AS ESPÉCIES DE INIBITÓRIA: EVITAÇÃO DA PRÁTICA, DA REPETIÇÃO OU DA CONTINUAÇÃO DO ILÍCITO

A tutela inibitória em sua forma pura, revestida de carga genuinamente preventiva, tem por escopo impedir a prática do ilícito. Dessa forma, o comando jurisdicional deve ser proferido com base em claros indícios da futura ilicitude.

Nesse caso, embora as vantagens para a proteção da norma sejam ainda mais robustas, já que a violação prévia nem sequer ocorreu e a regra, até o presente momento, permanece respeitada, a formulação da prova pode se tornar árdua, já que aquele que busca a tutela preventiva deve comprovar a intenção do agente sem contar com qualquer elemento que ateste o cometimento prévio de ato contrário ao direito. O que deve ser objeto de prova, nesse caso, são os indícios que apontam para a probabilidade de concretização do ilícito. A par dessa dificuldade, toda a racionalidade que permeia a produção probatória deve ser readequada, conforme será abordado adiante em ponto específico.

A seu turno, a inibitória que visa impedir a continuidade ou repetição do ato ilícito também apresenta certas dificuldades em sua compreensão. Nesse caso, o ponto chave consiste justamente em reconhecer os casos nos quais se está diante de ação ilícita que se mantém, de fato, perpetuando no tempo.

É óbvio que, mesmo nessas hipóteses, ainda se está diante de medida essencialmente preventiva, voltada para o futuro, mesmo que o ato ilícito já tenha sido desencadeado. A esse respeito, manifesta-se Cristina Rapisarda:

“A ligação da tutela inibitória a um ilícito em parte já praticado, não influi, de modo algum, sobre a sua natureza preventiva, uma vez que a tutela possui eficácia somente em face do possível ilícito futuro. A tutela prescinde dos efeitos do ato ou da atividade ilícita, sejam estes danosos ou não, porque se dirige unicamente contra o perigo de repetição ou continuação do ilícito.”³⁶

Em igual sentido, vejamos o que afirma Sérgio Cruz Arenhart:

“A circunstância de a tutela impedir a repetição ou a continuação do ilícito, e, portanto, aceitar um ilícito já praticado, certamente não lhe retira a natureza preventiva. A tutela, mesmo nestas duas hipóteses, é voltada para o futuro, ou melhor, para proteger contra algo que ainda

³⁶ (1987, apud MARINONI, 2012, p. 153)

não aconteceu, mas apenas pode vir a ocorrer.”³⁷

Entretanto, em alguns casos, o ilícito foi levado a cabo e, muita embora seus efeitos ainda se façam sentir, o atuar do agente que deu causa a ele já se esgotou. Em outras palavras, não há mais ação ou omissão a ser inibida.

Nessa hipótese, não é o caso de se pleitear a tutela inibitória visando obstar a repetição ou a continuação do ato contrário à norma, pois este já se consumou plenamente. O que se busca, então, é que os efeitos advindos do ilícito cometido sejam coercitivamente cessados.

Consoante escreve Marinoni,

“Trata-se de tentar a distinção entre os efeitos continuados do ato ilícito e a prática continuada do ilícito. (...) Quando o ilícito se perpetua no tempo em decorrência de uma ação que já ocorreu, mas cujos efeitos ainda se propagam no tempo, não há mais como impedir a continuação do agir (da ação) ilícito, pois apenas os seus efeitos é que se propagam ou continuam. Ou seja, **somente a ação (ou omissão) continuada pode ser inibida, e não a ação cujos efeitos se perpetuam no tempo.** Existe diferença entre impedir o agir ilícito e remover o ilícito cujos efeitos estão repercutindo no tempo.”³⁸

(grifou-se)

Os efeitos práticos dessa distinção são de enorme importância para o presente estudo, pois ao recorrermos à modalidade de tutela inibitória que visa impedir a continuação do ilícito, deveremos comprovar, justamente, que essa ação marcada pela ilicitude se perpetua, ou que ao menos apresenta risco de vir a se repetir – nessa hipótese, modalidade que busca impedir a repetição –, persistindo o interesse de inibir sua prática.

De outro modo, uma vez constatado que o atuar ilícito já se extinguiu, e o que ainda permanece são apenas os efeitos advindos dessa ilicitude, a tutela a ser pleiteada deverá ser outra. Apenas a título de esclarecimento – haja vista que não é

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Processo cautelar. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2013 – (Coleção curso de processo civil; 4), p. 75.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória: individual e coletiva. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 154-155.

esse o objeto sobre o qual nos debruçamos –, nesse caso se estará diante da chamada *tutela de remoção do ilícito*, que muito embora também não considere os elementos subjetivos da culpa ou dolo, apresenta procedimentos e pressupostos próprios.

De modo a melhor compreender essa situação peculiar, em que o objetivo é justamente remover os efeitos do ilícito cometido anteriormente, vejamos o exemplo citado pela doutrina:

“É o caso, por exemplo, do despejo de lixo tóxico em local não autorizado pela legislação ambiental. Ilícito é despejar o lixo tóxico; o dano que pode ser produzido diante deste despejo é outra questão. A permanência do lixo tóxico em local inadequado é o efeito concreto derivado da ação ilícita, constituindo-se em fonte aberta à produção de dano. **Este efeito concreto, por ser derivado de uma ação passada, não pode ser inibido, mas apenas removido.**”³⁹

(grifou-se)

Em resumo, embora os pressupostos gerais que informam a tutela inibitória, enquanto gênero, sejam os mesmos, cada modalidade apresenta peculiaridades de importante consideração, já que não se trata de mera distinção didática, mas que pode interferir sobremaneira nos aspectos fáticos que envolvem o instituto.

Nesse contexto, faz-se necessário atentar para qual espécie de inibitória mais se adéqua ao caso concreto, já que a instrução probatória e o mandamento judicial almejado serão diretamente influenciados pelas especificidades inerentes a cada modalidade.

Uma vez destacados os aspectos mais gerais referentes à defesa do direito ao meio ambiente equilibrado e à tutela inibitória, passemos agora à etapa mais específica do presente estudo, na qual será analisada a questão da formulação da prova na tutela inibitória ambiental.

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Processo cautelar. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2013 – (Coleção curso de processo civil; 4), p. 79.

5 A PROVA NO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO E A NECESSIDADE DE SE REPENSAR A RACIONALIDADE PROBATÓRIA EM FACE DO SURGIMENTO DOS DIREITOS DIFUSOS E DA TUTELA PREVENTIVA

De modo a bem iniciarmos a análise das peculiaridades da prova na tutela inibitória, cabe rever, de início, alguns aspectos da Teoria Geral da Prova, inicialmente estruturados no bojo do Processo Civil Clássico, e que serão de grande utilidade para a compreensão da necessidade de reestruturação da racionalidade relativa à prova para os direitos difusos, em especial o direito ao meio ambiente.

Fredie Didier Junior destacou com primazia o caráter multifacetado do conceito de prova, pondo em foco os diversos significados atribuídos ao instituto:

“No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; (...) c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial (...).”⁴⁰

(grifos no original)

Seguindo essa plurissignificância, encontramos a concepção objetiva de prova, quando esta se refere à atividade probatória propriamente dita ou aos meios utilizados em sua formação, e a concepção subjetiva, quando quer significar o resultado da convicção íntima do julgador após a análise do conjunto probatório.

No que se refere à finalidade da prova, existem correntes teóricas diversas

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 7 ed. v. 2. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 43.

que defendem objetivos igualmente distintos para a produção probatória.

A primeira delas entende que a finalidade da prova seria a obtenção da verdade material. Em que pese a louvável carga filosófica refletida por esta teoria, ela é de frágil sustentação, tendo em vista que o alcance da verdade real é, ao menos no mais das vezes, impossível. A reconstituição de fatos pretéritos será sempre uma aproximação do que realmente aconteceu, já que passa, necessariamente, pelas impressões que as pessoas têm do ocorrido. Assim, a verdade não pode ser plenamente absorvida, já que passa sempre pelo filtro subjetivo dos sujeitos envolvidos nos fatos.

Outra teoria sustenta que o fim último da prova seria o de conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos⁴¹, através de instrumentos fixados previamente e que permitissem demonstrar de modo formal os fatos alegados no processo. Essa concepção, por sua vez, apresenta uma distancia intransponível entre o mundo dos fatos e o mundo processual, não contanto com grande representatividade.

A teoria que talvez traduza de modo mais fiel a real finalidade da prova – e que, por isso mesmo, foi recepcionada pela doutrina majoritária – afirma que seu objetivo seria conduzir o juiz à formação de sua convicção quanto aos fatos da causa. Nas palavras de Fredie Didier, “o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado (a verdade)”.⁴²

De modo a bem construir tal convicção, a lei atribuiu a cada parte litigante no processo um ônus probatório específico. Impende, porém, diferenciar tal encargo de obrigação, pois enquanto nesta o interesse próprio encontra-se subordinado a outro, alheio, naquele está-se diante não do dever jurídico de provar, mas sim do interesse pessoal em fazê-lo. Desse modo:

⁴¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 7 ed. v. 2. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 75.

⁴² Ibidem, p. 75.

“No ônus, há a ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131)”.⁴³

Em que pese não ser considerado propriamente uma obrigação imposta à parte, o ônus probatório foi estruturado no Processo Civil a partir de regras fixas e pré-determinadas, que atribuem a cada parte no processo a responsabilidade probatória por matérias específicas. Assim, com base na redação do art. 333⁴⁴, do CPC, compete aquele que alega trazer aos autos os meios necessários para comprovar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que ao réu incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor.

Possível concluir, nesta seara, que “o CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato.”⁴⁵, traduzindo, de modo bem esquemático, as teorias formuladas a partir da natureza dos fatos e da posição das partes em juízo, expressas nas doutrinas de Betti, Chiovenda e Carnelutti.

É inegável que tal divisão facilitou em muito o desenvolvimento e a instrução processual, tendo em vista que permitiu uma atribuição de responsabilidades

⁴³ LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

⁴⁴ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 7 ed. v. 2. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 80.

racional e pré-determinada aos envolvidos no processo, enquadrando as inúmeras vicissitudes e dificuldades próprias de qualquer produção probatória em um esquema formatado e de fácil compreensão.

Entretanto, como em qualquer tentativa de enquadramento do abstrato, aqui também surgiram certas dificuldades, haja vista que esse modelo pré-definido não se propunha a olhar de maneira individualizada para cada caso concreto. Desse modo, embora a técnica pudesse servir muito bem aos direitos particulares e principalmente monetários, onde os interesses e pretensões de autor e réu são mais facilmente delimitáveis e comprováveis, nos direitos difusos e, principalmente, naqueles que exigiam um provimento jurisdicional preventivo – como é o caso da tutela inibitória ambiental – essa racionalidade probatória clássica acabou por se mostrar insuficiente e, até mesmo, insustentável.

A respeito da aplicação da divisão estática do ônus probatório, manifesta-se a doutrina:

“Mas seria justo a aplicação dessa regra geral, concebida para a normatização de processos individuais, na maioria das vezes versando sobre direitos disponíveis, aos complexos processos coletivos que tratam de interesses massificados, como o direito ao meio ambiente, de caráter sabidamente difuso, de uso comum, indisponível e intergeracional? A resposta é obviamente negativa (...). Não basta, em síntese, resguardar o direito ao meio ambiente somente com regras substantivas. Sem a facilitação do exercício da proteção ambiental, o arcabouço protetório material acaba por se transformar em letra morta, pois a conjugação de *direitos efetivos com a implementação eficiente* é o verdadeiro objetivo do Direito”.⁴⁶

(grifos no original)

Diante disso, do mesmo modo que o surgimento de novas garantias constitucionais levou à criação de novas ferramentas processuais para sua defesa, o nascimento de vias jurisdicionais antes impensáveis demandou a reestruturação do modelo de produção probatória existente até então.

⁴⁶ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. Ano 15, n. 57, p. 102-124, jan.-mar./2010, p. 104.

6 NOVAS PROPOSTAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA O DIREITO AMBIENTAL

6.1 PRELIMINARMENTE: DA POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO PROBATÓRIA DISTINTA DA PREVISTA NO ART. 333, DO CPC

Antes de expormos as principais teorias acerca da distribuição do ônus probatório e a importância dessas ideias principalmente para a tutela inibitória ambiental, cumpre destacar os principais fundamentos para a determinação de convenções distintas da regra estática prevista no art. 333, do CPC.

Em primeiro lugar, interessa pensar que o próprio art. 333 possibilita que esse ônus seja distribuído de forma diversa por convenção entre os próprios litigantes, desde que observadas algumas ressalvas, conforme regra expressa em seu parágrafo único:

“Parágrafo único: É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Entende-se, pois, que as partes poderão convencionar, antes ou durante o curso processual, modo diverso de distribuição do ônus probatório. Entretanto, caso a convenção disponha sobre direito indisponível da parte ou acabe por onerar excessivamente um dos envolvidos na lide, o acordo celebrado poderá ser invalidado.

Porém, o que se pretende analisar a partir deste ponto não é a alteração da

distribuição do ônus probatório por iniciativa das partes, mas sim por determinação do próprio Judiciário que, atento para a realidade fática do caso concreto, entende por bem rever os encargos atribuídos aos litigantes.

Importa destacar, nesse sentido, que a regra do art. 333, como toda regra processual, não pode restar apartada das condições materiais que permeiam a lide, razão pela qual, uma vez constatada a ineficácia em se manter o padrão estático na produção probatória, verificando-se a oneração excessiva de uma das partes e o consequente cerceamento de seu direito à ação, caberá ao juiz atuar para dirimir tal incompletude.

Nesse sentido:

“Sendo a igualdade pressuposto básico do processo justo, estaria ocorrendo uma violação direta ao direito fundamental à ordem jurídica justa, pois o ambiente processual proporcionado pelo modelo superestático garante, apenas, a isonomia formal das partes, deixando muito a desejar quanto à isonomia substancial.

Portanto, sempre que o juiz observar que a distribuição estática do ônus da prova – igualdade formal – esteja causando desequilíbrio nos esforços da prova no caso concreto, deverá (e não simplesmente poderá) fazer valer também a necessidade de igualdade substancial das partes, garantindo a conformação constitucional do procedimento probatório, através de uma aplicação ampla do direito fundamental à igualdade.”⁴⁷

Nesse diapasão, resta evidente que uma distribuição do ônus probatório eficiente e atenta à realidade processual serve a viabilizar o acesso do interessado à tutela jurisdicional, sendo que, sem essa prerrogativa, as garantias materiais preconizadas pelo sistema jurídico pátrio restam inócuas, já que sua possibilidade de defesa perante o Judiciário seria apenas uma promessa não concretizada.

Conclui-se, portanto, que as reais condições das partes litigantes de cumprir

⁴⁷ CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus probatório nas lides ambientais. Revista de Direito Ambiental. Ano 18, vol. 69, jan.-mar./2013, p. 236.

com a regra estática prevista no Código de Processo Civil deverão ser averiguadas desde o início do processo, observadas as peculiaridades de cada caso, e, quando se fizer necessário, a aplicação de uma distribuição do *onus probandi* ajustada a tais especificidades constituirá dever do julgador enquanto garantidor dos direitos à igualdade material e acesso à justiça.

6.2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Preliminarmente, importa mencionar a distinção entre inversão do ônus da prova legal e inversão judicial, relatada celebrenemente por Fredie Didier Júnior. O autor explica que, em alguns casos, a determinação de inversão do *onus probandi* em face de determinadas situações é pré-estabelecida de maneira expressa pelo legislador, citando como exemplo a regra do art. 38, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸.

Situação distinta é a inversão judicial do ônus da prova, na qual, diante do caso concreto e presentes os requisitos exigidos para tanto, o juiz entende por bem determinar que aquele que originalmente não teria a responsabilidade de produzir prova sobre determinado fato, assuma tal encargo. Segundo Didier Júnior, esta seria a real hipótese de inversão do ônus probatório, vez que representa exceção, determinada em face do caso concreto, à regra do art. 333, do CPC⁴⁹.

Tratando especificamente do tema que nos interessa, nas demandas ambientais a inversão do ônus da prova é representada pela exigência de que o autor em potencial do dano ou ilícito prove, antes mesmo do início de suas atividades, que estas não causarão degradação ou risco intolerável ao meio ambiente.

⁴⁸ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 7 ed. v. 2. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 84.

Essa racionalidade toma por base a aplicação da responsabilidade objetiva em matéria ambiental, prevista no art. 14, §1º⁵⁰, da Lei nº 6.938/81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente.

Outro fundamento para a inversão do *onus probandi* nas ações ambientais é a aplicação subsidiária do art. 6º, inciso VIII, do CDC, somado ao art. 117 do mesmo dispositivo legal.

A regra constante no mencionado art. 6º autoriza que, em determinadas situações, o ônus da prova seja transferido ao fornecedor, desde que se façam presentes os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor. Não se trata, pois, de uma inversão automática, ressaltando-se, ainda, que o consumidor não se exime de provar o fato constitutivo do direito por ele alegado, de modo a cumprir com o requisito da verossimilhança.

Em suma, nas demandas consumeristas o fornecedor terá a incumbência de trazer aos autos tudo aquilo que possa desconstituir sua responsabilidade, como a ocorrência de caso fortuito ou a inexistência de nexo de causalidade. Entretanto, se

⁵⁰ Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

(...)

o autor não logra produzir sequer indícios que atestem suas alegações, a determinação de inversão do ônus da prova será impossível, já que acabaria por acarretar um encargo desproporcional e até mesmo impossível ao réu.

Somada a isso, tem-se a majoritária posição doutrinária que defende a aplicação do instituto para além das ações consumeristas, em atenção à necessidade de tutela da hipossuficiência da parte em situações diversas, que não aparece apenas no Direito do Consumidor.

A esse respeito, destaca-se a lição de Fredie Didier Júnior:

“No entanto, só há a previsão legal da possibilidade de inversão *ope judicis* para as causas de consumo. A despeito disso (...), parece-nos que a inversão do ônus da prova *ope judicis* é técnica que prestigia o princípio da igualdade e o princípio da adequação, e não pode, por isso, ter a sua utilização restrita às causas de consumo”.⁵¹

E ainda:

“Quer-se com isto destacar que a inversão não deve ser aplicada apenas nas relações de consumo, mas em todas as relações jurídicas onde o encargo probatório se mostre demasiado a umas das partes e possa comprometer uma justa e equânime prestação jurisdicional, impedir a concretização do modelo democrático e social de direito eleito pelo legislador constituinte e os direitos e deveres constitucionais, entendida aqui a Constituição da República como complexo de normas plenamente eficazes”.⁵²

Transpondo essa ideia especificamente ao Direito Ambiental, onde a necessidade de tutela desse bem difuso muitas vezes é dificultada em face das inúmeras dificuldades técnicas em se comprovar um ilícito ou um dano ao meio

⁵¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 7 ed. v. 2. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 88.

⁵² HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96.

ambiente, a inversão do ônus probatório atribuiria ao suposto infrator o encargo de comprovar que sua atividade não gerou ou não gerará danos ambientais, ou, ainda, apresentar provas que desconstituam sua responsabilidade em face de determinado dano ou determinado ilícito, lembrando sempre que em matéria ambiental a ausência de culpa ou dolo não basta a afastar a responsabilização do agente.

Outro aspecto importante a sustentar a inversão do ônus probatório nas lides ambientais é a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção. Como se mencionou brevemente em tópico anterior, tais princípios determinam, guardadas suas peculiaridades, uma postura de constante controle de riscos em relação ao meio ambiente, impondo uma atitude preventiva por parte do Estado e dos particulares, e que se faça presente antes mesmo da consumação de eventuais danos ou ilícitos.

Aplicando esta ideia ao Direito Processual, esses princípios – principalmente o da precaução – são utilizados nas demandas judiciais individuais e coletivas quando, somada à necessidade de se tutelar os bens ambientais, houver também hipossuficiência técnica do demandante ou potencial vítima em relação aos efeitos nocivos advindos da realização de determinada atividade, sendo utilizado como argumento para a determinação da inversão do ônus, entendido como uma medida a ser tomada em favor do meio ambiente. Aliás, grande parte das decisões jurisprudências autorizando a inversão do ônus probatório conjugam, justamente, a previsão contida no CDC com os princípios da precaução e prevenção.⁵³

No que concerne à tutela inibitória ambiental, fica claro que a inversão do

⁵³ PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia. 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes. 3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido.

ônus probatório pode ser de grande valia na comprovação de determinadas atividades ilícitas que, caso tivessem a prova de sua ilicitude atribuída ao demandante, talvez jamais pudessem ser efetivadas.

Isso se torna claro principalmente nas tutelas inibitórias puras, haja vista que a prova de um ilícito que ainda nem se efetivou apresenta dificuldades obviamente mais robustas. Assim, diante da iminência de consumação de um ato contrário à legislação ambiental e comprovada a dificuldade técnica por parte do autor da ação em produzir provas dessa possível conduta, à luz dos princípios da precaução e da prevenção, é possível que o juiz determine a inversão do ônus da prova, para solicitar que o próprio desenvolvedor da atividade questionada ateste que esta não apresenta riscos ambientais intoleráveis.

Entretanto, cumpre frisar que a inversão do ônus da prova em matéria ambiental não é medida automática, devendo ser determinada apenas nos casos em que se mostrar aplicável e proporcional em face das condições reais de cada parte no processo. De nada adiantaria, por exemplo, retirar o ônus probatório do autor que não possui os meios para produzir determinada prova para atribuí-lo, de modo irresponsável, ao réu que igualmente não os possui. Afinal, isso representaria apenas a alteração do destinatário de um problema que, no entanto, permanece sem solução.

Assim, a inversão do *onus probandi* deve ser precedida de uma avaliação profunda e criteriosa da situação fática que permeia a lide ambiental e, sendo constatado que ao réu a produção de determinada prova será muito mais fácil e eficaz do que seria ao autor, aí sim, aplica-se a inversão.

Afinal, o objetivo do instituto é tornar viável a proteção da integralidade ambiental, conferindo materialidade aos institutos processuais já existentes, e não privilegiar o autor em detrimento do réu, impondo previamente a este uma sentença desfavorável.

6.3 A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

A teoria das cargas processuais dinâmicas representou uma alternativa em relação à regra estática prevista no art. 333, do CPC. Tendo ganhado destaque pelas propostas dos argentinos Jorge Peyrano e Augusto Morello, a teoria dinâmica voltou-se a considerar a concretude processual, bem como o real contexto que envolve as partes relacionadas na lide em questão.

A ideia básica dessa teoria consiste em avaliar as condições concretas que cada parte envolvida no processo possui de compor as provas relativas aos fatos ali alegados, independente de quem produziu tais alegações. Assim, não é importante para a teoria das cargas dinâmicas a natureza do fato em questão – se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo –, mas sim o grau de aptidão que cada sujeito processual detém de comprová-lo.

Infere-se, pois, que:

“Pouco importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato (...), pois o importante é que o juiz valora, caso a caso, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas, etc., mesmo que os fatos objeto de prova tenham sido alegados pela parte contrária.”⁵⁴

A teoria se funda nos princípios da solidariedade (entre as partes e para com o Poder Judiciário), da veracidade, da boa-fé e da lealdade processual. Os três últimos encontram-se previstos em diversos dispositivos do nosso Código de Processo Civil (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III), e prestam a evitar que a parte se omita intencionalmente em contribuir com a busca da verdade no processo, vedando que aja de forma ardilosa com o intuito de prejudicar a outra parte.

No processo civil ambiental, não são raras as hipóteses em que a produção probatória por parte daquele que alega o dano ou o ilícito – seja na forma

⁵⁴ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. Ano 15, n. 57, p. 102-124, jan.-mar./2010, p. 114.

consumada, seja na forma potencial – revela-se demasiadamente gravosa. A título de exemplo, podemos citar os casos de risco de poluição gerada pela inobservância dos cuidados devidos por determinada empresa. Nessa hipótese, ainda que não seja o caso de inverter totalmente o ônus probatório para desincumbir o autor da ação inibitória em sua totalidade, talvez fosse o caso de dinamizá-lo precisamente no ponto concernente à cautela tomada pela empresa, já que a esta seria muito menos custoso comprovar que tomou os cuidados devidos para evitar uma futura poluição do que à parte que recorre ao Judiciário.

Sob essa lógica, é possível perceber que, em muitos casos, a vítima estará em uma posição irremediavelmente distante dos meios probatórios, o que não necessariamente ocorre com relação à parte contrária. Nesse sentido, sempre que a dificuldade de um se sobrepor à facilidade do outro na produção de determinada prova, referente a um aspecto específico da lide, seria aplicável a dinamização do ônus, de modo a assegurar o acesso à ordem jurídica eficaz e não recair na exigência de uma prova diabólica.

Importa notar, ainda, que muito embora não haja previsão expressa da aplicação da teoria dinâmica do ônus probatório nas ações ambientais, sua incorporação representa a garantia do direito fundamental à igualdade substancial das partes no processo e do acesso à justiça. Por esse fundamento, vem sendo reconhecida e assegurada pela doutrina dominante e por posicionamento jurisprudencial majoritário, sendo que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou de modo favorável ao tema.⁵⁵

Entretanto, cumpre avaliar o emprego do instituto com cautela:

“A aplicação, na prática, da dinamização do ônus da prova nas lides ambientais, apesar de extremamente necessária em muitos casos, pode passar a falsa ideia de que deveria ser aplicada como regra. Apesar de já ser inegável que o modelo superestático previsto no Código de Processo Civil não corresponder mais as necessidades jurisdicionais modernas, certo é que passar a adotar a dinamização como regra, justificando a situação na simples necessidade de

⁵⁵ Brasil. STJ, REsp 1.060.753/SP, j. 01/12/2009, Rel. Min. Eliana Calmon.

preservação ou no princípio da precaução, não pode ser acolhida.”⁵⁶

Nesse contexto, impende-se reconhecer que, justamente por se originar de uma dificuldade concreta de aplicação da regra estática, a teoria dinâmica deve ter sua aplicação sempre enraizada nas circunstâncias fáticas da lide. Em outras palavras, “exatamente porque a existência de prova diabólica a autoriza, a redistribuição do ônus da prova, *in concreto*, não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber”.⁵⁷

Ademais, revela-se nítida a posição central ocupada pelo magistrado nessa teoria, vez que incumbe a ele a responsabilidade de gerir não apenas a prova em si, como também a avaliação de quem está em melhores condições de produzi-la, em atenção às circunstâncias fáticas. Nesse diapasão, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz deve vir sempre acompanhada de um amplo acesso ao contraditório e à ampla defesa, com vistas a balancear tal dilatação. Indica-se, pois, que a determinação de repartição dinâmica do *onus probandi* pelo órgão judiciário deve ser decretada antes da fase instrutória, de modo a possibilitar à parte agora onerada se manifestar quanto à determinação, de modo a munir-se dos meios de prova pertinentes ou, se for o caso, se insurgir no sentido de requerer que a regra estática seja mantida.

As cautelas apontadas devem ser sempre observadas pelo juízo, a fim de evitar que o objetivo primeiro da dinamização do ônus probatório – qual seja, atender à realidade processual concreta e não onerar de modo impossível e excessivo nenhuma das partes – não seja desvirtuado.

⁵⁶ CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus probatório nas lides ambientais. Revista de Direito Ambiental. Ano 18, vol. 69, p. 227-247, jan.-mar./2013, p. 243.

⁵⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 7 ed. v. 2. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 101.

7 DAS PROVAS EM ESPÉCIE: OS MÉTODOS MAIS UTILIZADOS PARA O CONVENCIMENTO EM MATÉRIA AMBIENTAL

7.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: PECULIARIDADES RELATIVAS AO OBJETO DA PROVA NA TUTELA INIBITÓRIA

Antes de adentrarmos no terreno das provas em espécie, cumpre tecermos alguns comentários iniciais a respeito do que se pretende provar, ou seja, qual é precisamente o objeto da prova na tutela inibitória ambiental.

Como já exposto anteriormente, trata essa espécie de tutela de medida voltada para o futuro e acionável antes da efetiva consumação de qualquer dano ao meio ambiente. Em outras palavras, a tutela inibitória dirigida à preservação ambiental preocupa-se única e exclusivamente com o ilícito, sendo o dano elemento extrínseco, consequência possível, mas não necessária.

Nesse contexto, é nítido que o dano não entrará na seara da prova. Mais do que isso, pode-se concluir com precisão que tampouco a probabilidade de dano será aventada, haja vista que isso de nada interessa para o deferimento ou não da tutela inibitória, seja em sua forma pura, seja em suas duas outras modalidades.

Além disso, cumpre relembrar que a tutela inibitória não engloba conceitos subjetivos, como a culpa ou o dolo. Assim, esses dois fatores também não adentram o campo da produção probatória.

Diante disso, o que deverá ser provado por aquele que pretende obter um mandamento judicial inibitório?

Ora, o objeto de prova na tutela inibitória ambiental não poderia ser outro, senão a ameaça da prática de determinado ato, acompanhada da ilicitude que marca tal conduta. Assim, independente da espécie de inibitória que se pretenda obter, sua prova deverá se fundar, sempre, *na ameaça de prática, repetição ou*

continuação de ato ilícito.

Ocorre, porém, que, uma vez posta em prática, tal comprovação, sem recorrer ao elemento “dano” ou as categorias “culpa” e “dolo”, torna-se significativamente dificultosa. Diante disso, a construção do convencimento por parte do juízo deve ter em mente tais limitações, e se pautar em critérios próprios, igualmente orientados em direção ao futuro, tendo em vista se tratar de tutela preventiva.

Com relação à ilicitude, não se constata maiores dificuldades. Afinal, para determinar se uma conduta é ilícita, basta compará-la ao que dispõe o ordenamento jurídico, e, através de uma análise lógica e objetiva, determinar se as duas realidades são compatíveis ou opostas. Nenhum mistério até aí.

Entretanto, no que se refere à comprovação da ameaça, as dificuldades começam a surgir, havendo uma linha muito tênue entre a imposição de um ônus probatório excessivo ao autor e uma adaptação demasiadamente flexível entre o objeto da prova e a realidade fática.

Nesse sentido, manifestam-se Marinoni e Arenhart:

“Se a ação inibitória exige a prova da ameaça de lesão, é correto indagar *sobre o grau de convicção que essa prova deve gerar para a concessão da tutela inibitória (final ou antecipada)*. De um lado, a excessiva tolerância com o requisito da ameaça acarretará a expansão desmesurada da tutela inibitória, que passará a servir como paliativo para a falta de eficácia social das leis, conduzindo à sua desfiguração. De outro, a necessidade de uma demonstração irretorquível da ameaça poderá levar à exigência de ‘prova impossível’, frustrando todas as suas expectativas”.⁵⁸

(grifos no original)

Em se tratando da tutela inibitória voltada a evitar a continuação ou repetição do ilícito, ainda que não seja possível se cogitar do dano, a prova pode se pautar

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 224.

nas condutas anteriores tomadas por parte do réu. Nesse viés, uma vez constatado que este já cometeu ato não autorizado pela legislação ambiental, é mais fácil ao magistrado perceber – ainda que por meio de provas indiciárias – que a conduta pode vir a se repetir.

Porém, quando a prova deve prestar a atestar uma ilicitude que nem sequer se iniciou ou que não ocorreu até então, as dificuldades se tornam mais substanciais. Nesse contexto, caberá à parte autora recorrer a meios de prova mais específicos e que possam, com maior propriedade, formar a convicção do juiz no sentido de perceber a iminência da prática repudiada pelo Direito.

Por sua vez, caberá ao juiz cercar-se de todas as providências cabíveis no sentido de atender o máximo possível às peculiaridades probatórias desse tipo de tutela, igualmente peculiar.

Desse modo, cabe destacar a especial importância das provas atípicas na formação da convicção judicial em matéria de tutela inibitória ambiental.

7.2 PROVAS ATÍPICAS: FUNDAMENTO E IMPORTÂNCIA

A viabilidade da utilização de espécies de prova distintas daquelas taxativamente previstas no Código de Processo Civil encontra-se no próprio diploma em questão, mais especificamente em seu art. 332, *in verbis*:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Infere-se do dispositivo acima transcrito que o CPC optou por privilegiar o princípio da atipicidade, fundamentado por parte expressiva da doutrina na garantia

constitucional do direito à prova.

Nesse sentido, manifesta-se João Batista Lopes:

“A especial atenção dedicada pela doutrina às provas atípicas justifica-se à luz da moderna concepção do princípio do contraditório, que não se exaure no binômio *informação-reação*, mas inclui o *direito à prova*, assim entendido:

- a) o direito a indicar os meios pertinentes para demonstrar a existência dos fatos alegados;
- b) o direito de produzir efetivamente as provas pertinentes e adequadas ao caso;
- c) o direito de demonstrar que as provas produzidas pelo adversário não são concludentes ou idôneas;
- d) o direito à valoração da prova segundo critérios técnicos admitidos pelo sistema.”⁵⁹

(grifos no original)

Assim, uma vez admitida sua existência pelo sistema processual vigente, deve sua produção e interpretação pautarem-se nas regras norteadoras da teoria geral da prova, tendo em vista a ausência de disposições legais específicas para as provas atípicas.

Cumpre ter em mente a lição de Barbosa Moreira, segundo a qual as provas atípicas devem ter sua atipicidade compreendida segundo ao modo de produção, haja vista que, através de sua feitura, objetiva-se formar a convicção sobre determinado fato através de formas diversas daquelas previstas em lei para as

⁵⁹ LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. Revista eletrônica de Direito Processual. Ano 4, vol. 5, p. 389-482, jan. – jun./2010. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/provas-atipicas-e-efetividade-do-processo#topo>>, acessado em 03/09/2014, p. 392.

provas nominadas.⁶⁰

Na realidade forense, em consonância com a previsão legal e a ampla maioria da doutrina, o deferimento de provas atípicas é uma prática cotidiana. Isso porque, para além de estar autorizada pelo Código de Processo Civil, a produção probatória segundo formas originariamente não previstas no diploma legal, é circunstância que se impõe, haja vista as incontáveis situações que se mostram à apreciação do Judiciário todos os dias, cada vez mais complexas e demandando provas igualmente robustas para sua comprovação. Assim, ainda que se quisesse negar concretude às provas inominadas, sua produção faz-se impreterível em atenção a uma coletividade cada vez mais abstrusa e cujos conflitos não poderiam ser preteritamente previstos em sua totalidade pelo legislador de 1973.

Passemos, então, à análise de algumas vias probatórias específicas, dentre as quais se encontram alguns exemplos daquelas atípicas.

7.3 PROVA INDICIÁRIA E PRESUNÇÕES

Para bem compreendermos o conceito de prova indiciária, cabe expormos brevemente a distinção entre prova direta e prova indireta.

Esses conceitos foram construídos, inicialmente, por Carnelutti, que estabeleceu a diferenciação com base no objeto da prova e no fato percebido pelo juiz. Nesse sentido, “quando o juiz, por meio da prova, percebe o fato a provar, a prova é dita direta. Mas, quando o objeto da percepção não é o objeto da prova, mas sim outro fato, do qual o juiz pode deduzir o fato direto, a prova é indireta”.⁶¹

⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. Revista de Processo. IBDP, n. 76, ano 19, p. 114-126, out.-dez./1994, p. 116.

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 104.

Conclui-se, pois, seguindo os moldes traçados por Carnelutti, que a prova indireta consistiria naquela em que inexistia uma coincidência entre o objeto da prova e o fato percebido pelo juiz.

A prova indiciária, nesse sentido, consiste em meio de prova atípico e indireto, já que presta a indicar, e não representar diretamente, o fato probando. Em outras palavras, através da prova indiciária constrói-se o raciocínio presuntivo capaz de conduzir ao objeto da prova.

Ressalta-se, porém, que o indício, por si só, não pode ser considerado meio de prova. Isso porque deverá, ele próprio, passar por um exercício de comprovação, de modo a não redundar em mero “achismo” acatado pelo juízo.

A esse respeito, merece destaque a doutrina de Arenhart e Marinoni:

“(...) para que o juiz possa formar sua convicção a partir do indício, esse obviamente deve estar provado. *Portanto, o indício não é prova, mas sim elemento para a formação do juízo acerca da afirmação do fato direto. Indício, assim, é o mesmo que fato indiciário.*”⁶²

(grifos no original)

E ainda:

“Deixe-se claro que a prova indiciária é uma prova do indício. O que é indireto, nessa perspectiva, é o indício em relação ao fato direto. Como o indício deve ser provado, é pouco mais do que óbvio que sobre ele recai uma prova, que poder ser dita ‘prova indiciária’. A sua particularidade, em relação à prova do fato direto, está apenas no seu fim, que é o de elucidar um fato indiciário. (...) Por meio da prova indiciária são provados *atos indiciários* (ou secundários), dos quais se pode *deduzir o fato direto*”.⁶³

(grifos no original)

⁶² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.

⁶³ *Ibidem*, p. 107-108.

Nesse contexto, verifica-se que a prova indiciária será indireta em relação ao fato principal investigado no litígio. Entretanto, como seu intuito também será o de comprovar o indício em si mesmo, em relação a este ela consistirá meio de prova direto.

Assim, o indício deve ser compreendido como um fato secundário conhecido e provado – por meio da prova indiciária –, por meio do qual o fato principal – ainda desconhecido, sobre o qual versa o litígio – pode ser indicado.

Desse modo, valendo-se das máximas da experiência e, preferencialmente, articulando-os com outras provas, o juiz utiliza os indícios e suas respectivas provas indiciárias para construir sua convicção em relação ao fato principal que se deseja comprovar.

Por meio desse raciocínio lógico, iniciado por meio das provas indiciárias, é permitido ao juízo estabelecer presunções, que consistiriam exatamente no resultado desse processo de conhecimento.

Em alguns casos, como se sabe, o estabelecimento de tais presunções é decisivo para o deslinde de certas lides específicas, nas quais se torna praticamente impossível atender às sólidas exigências judiciais relativas à comprovação de determinado fato.

“(...) verificando o legislador ou o juiz que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da ideia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão da sua ocorrência, pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria. Como se vê, esse poderoso instrumento é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação – como os fatos futuros, no caso da ação inibitória”.⁶⁴

Percebe-se, pois, que tanto as provas indiciárias quanto as presunções podem constituir importante instrumento de comprovação do fato probandu nas

⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

ações de tutela inibitória, seja qual for sua natureza.

Isso porque, muitas vezes, não existem elementos diretamente relacionados ao ilícito que se pretende evitar, aptos a ensejarem a tutela judicial, seja porque o ato combatido pela legislação ainda não se iniciou – dificultando a comprovação de que realmente existe ameaça de sua prática –, seja porque a prova de sua iminência é demasiadamente dificultosa, revelando verdadeira prova diabólica.

Nessas hipóteses, poderá o juiz, convencido da existência de indícios consistentes e robustos indicando que a ameaça de prática, repetição ou continuação do ilícito é verídica, e estando tais indícios devidamente comprovados por meio das provas indiciárias a eles pertinentes, formular presunções no sentido de entender como verificados os requisitos ao deferimento da tutela inibitória.

Nesse diapasão, os indícios, provas indiciárias e as presunções representam um importante mecanismo na construção do convencimento judicial, e, em muitos casos, poderão ser a diferença vital entre o deferimento ou não da tutela preventiva em estudo, e, via de consequência, representar a salvaguarda do bem ambiental.

Em que pese sua valia, não seria sensato descartar eventuais ressalvas expostas em relação a esses mecanismos de prova.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o juiz apenas poderá se valer de presunções quando os indícios que levaram à sua formulação estiverem firmemente comprovados. Nesse contexto, como frisa Luigi Montesano⁶⁵, a “presunção de presunção” – ou seja, a construção de um raciocínio presuntivo formulado com base em uma outra presunção pré-existente – não poderá ser admitida, sob pena de redundar em decisões arbitrárias e nitidamente parciais, ferindo, pois, o direito ao contraditório e ampla defesa.

Outrossim, “as presunções devem submeter-se aos requisitos da gravidade, precisão e concordância”⁶⁶, o que significa dizer que deverão ser utilizadas como

⁶⁵ MONTESANO, Luigi. Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti dei giudice civile. vol. 2. Padova: Cedam, 1982, p. 999.

⁶⁶ GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. Revista de Processo. IBDP, n. 128, ano 30,

meio de se alcançar o fato que se pretende provar apenas quando a situação fática assim exigir, diante da ausência de mecanismos mais sólidos e diretos, e uma vez constatado o real sacrifício que sua exclusão causaria à tutela do bem jurídico em apreço.

Ainda que sejam passíveis de críticas, é importante ter em mente que as provas indiciárias e as presunções consistem em mecanismos úteis na construção do conjunto probatório das lides ambientais, sendo imperioso que se dê continuidade ao seu estudo e que sua eficácia não seja ignorada.

7.4 PROVA PERICIAL

A prova pericial, por sua vez, possui campo fértil nas lides ambientais.

Sua aplicação nas lides envolvendo a consumação de dano ao meio ambiente já é amplamente conhecida⁶⁷. Entretanto, ela possui especial importância quando se trata de tutela inibitória, em que, muitas vezes, o ato que desencadeia a ilicitude – consumada ou potencial –, ou mesmo a ameaça alegada pela parte, só podem ser constatados por meio do auxílio técnico especializado.

p. 40-58, out./2005, p. 50.

⁶⁷ PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. PROVA PERICIAL. COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. 1. Hipótese em que a instância ordinária julgou procedentes os pedidos deduzidos em Ação Civil Pública e determinou o fim do desmatamento, a reparação do dano ambiental e a averbação da Reserva Legal da propriedade de, no mínimo, 20% do imóvel rural. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. A tese recursal, de que a perícia realizada nos autos está equivocada e de que não há nexo causal entre suas condutas e o dano ambiental constatado, contraria a premissa fática do acórdão recorrido e esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. (...) Quem ilegalmente desmata, ou deixa que desmatem, floresta ou vegetação nativa responde objetivamente pela completa recuperação da área degradada, sem prejuízo do pagamento de indenização pelos danos, inclusive morais, que tenha causado. Precedentes do STJ. 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(Brasil. STJ, REsp 1058222/ SP 2008/0106446-8, j. 03.09.09, Rel. Min. Herman Benjamin)

Ressalta-se que a produção de prova pericial, em que pese a especialidade da área ambiental preventiva, deverá observar os requisitos formais de estilo: nomeação de perito pelo juiz, formulação de quesitos, indicação de assistente técnico pelas partes, etc. Com isso, busca-se garantir não apenas a imparcialidade e o conhecimento técnico por parte do perito indicado, como também o exercício pleno do contraditório pelas partes, que poderão formular quesitos e nomear assistente, se assim desejarem.

Entretanto, permanecem algumas questões controversas no que se refere à aplicação dessa espécie probatória na tutela inibitória ambiental.

Em primeiro lugar, é nítida a singular especificidade que permeia o direito ambiental. O bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente equilibrado, subdivide-se em diversos outros objetos de tutela – solo, ar, água, etc. – cada qual em constante desenvolvimento no que se refere aos conhecimentos científicos aplicados em sua proteção.

Outrossim, a preocupação com a salvaguarda ambiental, em comparação com outros ramos científicos, pode ser considerada relativamente nova no cenário jurídico.

Nesse sentido, somando essa aparição relativamente recente do direito ambiental e mesmo da ciência ambiental, em uma concepção geral, à diversidade de áreas passíveis de estudo, cada qual com suas peculiaridades, surgem dificuldades próprias no que se refere à produção da prova pericial ambiental. Afinal, o perito designado não deverá ser apenas um especialista em meio ambiente, de modo genérico, mas sim no ramo específico referido na lide em questão. Pode-se imaginar que, a depender do objeto do litígio e de seu nível de especialidade, encontrar perito realmente habilitado a realizar tal função não será tarefa fácil. Afinal – como se buscou expor através do princípio da precaução, analisado supra – permanecem em matéria ambiental diversas incertezas científicas.

Voltando-nos especificamente à tutela inibitória, cabe indagarmos qual seria o impacto de seu peculiar objeto – o ilícito – na produção da prova pericial.

Como se sabe, uma dificuldade conhecida em matéria de prova pericial ambiental é a quantificação do dano, não apenas no que se refere ao *quantum* monetário para fins de posterior indenização na responsabilidade civil – quando não se mostra cabível a reparação integral da degradação – mas também quanto à determinação da extensão do dano atribuída ao agente, uma vez que, por vezes, revela-se árduo fixar de modo preciso em que medida a degradação em questão originou-se diretamente por ato seu. Exemplo disso é a constatação de poluição em um rio localizado em um polo industrial, no qual diversas empresas poderiam ter dado causa ao dano.

Diante disso, imaginemos agora uma situação análoga, mas onde o objetivo da tutela pleiteada seja evitar a continuação, repetição ou consumação de um ilícito. Nessa hipótese, a tarefa do perito será ainda mais árdua, já que não existe sequer um dano consumado a ser investigado. A responsabilidade averiguada será relativa ao cometimento potencial de ato ilícito, o que será nitidamente mais complexo.

Constata-se, pois, que apesar da inegável importância da prova pericial para as ações ambientais – incluindo-se aí a tutela inibitória – existem algumas dificuldades em sua aplicação, o que deve ser bem avaliado pelas partes e pelo próprio juízo, de modo a não esvaziar seu objetivo inicial, e evitar que ela se transforme em uma prova ineficaz.

7.5 PROVA ESTATÍSTICA

A utilização de estatística como meio de prova nas ações ambientais que apresentam dificuldade quanto à comprovação do nexo de causalidade – o que se verificada, sobremaneira, na tutela inibitória – vem sendo difundida pela doutrina nacional e estrangeira. O fundamento principal desse tipo de prova consistiria em uma necessidade de atenuação da comprovação do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano, ou, especificamente para a tutela inibitória, a ameaça de ilícito.

“Muitos autores do Direito Ambiental sustentam que, em face da dificuldade em que se encontra a vítima de produzir prova cabal do nexo de causalidade entre a atividade exercida pelo réu e os danos *[ou potenciais ilícitos]* causados ao ambiente, a responsabilidade seja acolhida com base em uma ‘causalidade atenuada’, ou seja, uma razoável probabilidade dessa causalidade”.⁶⁸

A causalidade diria respeito à ocorrência de um fato posterior em razão, necessariamente, de um acontecimento anterior, que *deu causa* aquele. Ocorre que, em algumas situações, não existe uma regra que possa atestar categoricamente que o fato A teria desencadeado o acontecimento B. Sabe-se apenas a frequência com que ambos ocorrem de modo sucessivo. É precisamente neste contexto que os estudos estatísticos podem ser utilizados para indicar, senão com certeza, com um significativo grau de confiabilidade, que o fato A levou à ocorrência do fato B.

Entretanto, tendo em vista se tratar de um indicativo, sua utilização como prova apenas poderá ser aventada quando essa estatística for, de fato, muito expressiva, aproximando-se da certeza.

“Carl Hempel leciona que as explicações estatísticas podem ser consideradas adequadas se a probabilidade de que um fato posterior ocorra quando se constata um fato anterior é próxima a 100% dos casos, em uma longa série de casos analisados. Se esse elevadíssimo índice não se verifica, então deve considerar-se muito provável que a hipótese seja falsa no caso concreto e os dados estatísticos, mesmo revestidos de acentuada frequência, contam como dados que repudiam a hipótese”.⁶⁹

Assim, a possibilidade de se empregar as evidências estatísticas como meio de prova deve ser vista com cautela, tanto pelas partes como pelo juízo, sendo aconselhável uma análise criteriosa, e que seu deferimento se dê apenas quando sirva a complementar e ratificar outros meios probatórios que apontem em igual sentido.

⁶⁸ GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. Revista de Processo. IBDP, n. 128, ano 30, p. 40-58, out./2005, p. 44.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 45.

Em que pese essas ressalvas, é nítida a contribuição que a prova estatística poderia conferir à tutela inibitória ambiental, em especial em sua forma pura, na qual inexistente qualquer ilícito previamente cometido a indicar sua provável repetição.

Nessas hipóteses, uma análise estatística que indicasse que em quase 100% dos casos análogos, a conduta desempenhada pelo agente deu causa, em momento futuro, a um ilícito ou mesmo a uma degradação ambiental, poderia contribuir em muito para a formação da convicção judicial, ainda que apoiada em outros meios de prova e sempre de forma bem fundamentada.

Nesse diapasão, acredita-se que esta seja uma espécie de prova atípica que, ainda que pouco explorada pela jurisprudência nacional até o momento, mereça ser melhor analisada, apresentando potencialidade significativa para a resolução de lides ambientais preventivas.

8 CONCLUSÃO

O incremento das complexidades sociais e de suas demandas e anseios, culminou no alargamento dos institutos jurídicos como um todo, e, via de consequência, na necessidade de um processo civil apto a fornecer ferramentas que dessem conta desse novo momento constitucional.

Diante desse cenário, os instrumentos clássicos, próprios de uma visão processual liberal e exclusivamente patrimonialista, não mais poderiam viabilizar que outros direitos, de cunho social e difuso, recebessem a devida resposta por parte do Poder Judiciário.

Nesse diapasão, destacam-se as tutelas preventivas, voltadas ao futuro e destinadas a impedir que esses novos direitos, não patrimoniais e de uso comum do povo – como o bem ambiental – sejam lesados, já que sua restituição pecuniária não interessa a ninguém.

A tutela inibitória ambiental merece lugar de destaque nesse contexto. Voltada a combater o ilícito cometido em desfavor do ambiente, essa ferramenta processual desvincula-se do dano, não sendo necessária sua ocorrência prévia ou mesmo iminente para que o judiciário possa frear a ação indesejada do agente. Revela-se aí sua natureza nitidamente preventiva.

Outros elementos subjetivos, relacionados também ao dano, são igualmente dispensados para seu deferimento, como a comprovação de dolo ou culpa por parte do réu.

Em que pese sua nobre intenção, a concessão de tutela inibitória para a salvaguarda ambiental vê-se, muitas vezes, obstaculizada, em razão da dificuldade que muitos julgadores e operadores do direito em geral apresentam em compreender, efetivamente, essa racionalidade peculiar.

Dentre essas singularidades, destaca-se a produção probatória, que, por diversas razões, deve ser trabalhada de modo distinto na tutela inibitória.

Primeiramente, por se tratar de ameaça da prática de um ilícito ambiental, sua comprovação não pode se basear no perigo de dano ao ambiente, uma vez que tal requisito é dispensado para sua efetivação.

Assim, muitas vezes, a regra estática de divisão do ônus probatório – expressa no art. 333, do Código de Processo Civil – mostra-se ineficaz para conferir viabilidade a essa espécie de tutela.

Diante disso, algumas formas de se repensar tal divisão foram indicadas no presente estudo, como a inversão do ônus probatório ou sua distribuição de modo dinâmico, de forma a não onerar de maneira insuperável nenhuma das partes, e garantir a cooperação e a solidariedade na relação processual.

Outrossim, revelou-se a importância de manter em constante análise novas técnicas de produção probatória ao se pensar em tutela inibitória ambiental, com especial atenção às provas atípicas.

Não se pretender expor de modo minucioso todas as possibilidades, mas sim propor um novo olhar sobre esse direito tão singular e cuja estrutura demanda uma tutela processual igualmente específica.

A par dessa intenção, buscou-se expor algumas provas em espécie que, muito embora não sejam imunes a críticas, podem contribuir em muito na construção dessa nova racionalidade e na efetivação da tutela inibitória ambiental.

Entretanto, nunca é demais ressaltar que essa nova forma de estruturação das provas – seja quanto à distribuição do ônus, seja quanto às provas em espécie – , tendo em vista que vem acompanhada de uma dilatação dos poderes instrutórios do juiz, devem também se seguir de uma estrita observância do contraditório, o qual deverá ser plenamente garantido às partes.

Desse modo, garante-se que os envolvidos no processo não sejam surpreendidos por quaisquer inovações ocorridas durante a instrução do processo, e possam se manifestar previamente em relação a todas elas.

Cumpra lembrar, em derradeiro, que, assim como a própria sociedade, o Direito Processual deve manter-se em constante transformação e aprimoramento, com vistas a não se distanciar de seu objetivo maior, qual seja, conferir efetividade às premissas e garantias existentes no plano material.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 6).

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção curso de processo civil, v. 4).

_____. **Prova**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17/01/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 03/09/2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02/08/2014.

CITOLIN, Eduardo Tonin. O ônus probatório nas lides ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 18, vol. 69, p. 227-247, jan.-mar./2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 7 ed. v. 2. Salvador: Juspodivum, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. 5 ed, ver. e ampl. Curitiba: Juruá, 2014.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. **Revista de Processo**. IBDP, n. 128, ano 30, p. 40-58, out./2005.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2010.

INSTITUTO PLANETA VERDE. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A prova na ação civil pública ambiental**. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131031132802_1912.pdf>. Acesso em 07/06/2014.

LACERDA, Aloyr Dias. Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela inibitória. **Revista de Processo**. IBDP, vol. 196, ano 36, p. 95-127, jun/2011.

LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista eletrônica de Direito Processual**. Ano 4, vol. 5, p. 389-482, jan. – jun./2010. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/provas-atipicas-e-efetividade-do-processo#topo>>, acessado em 03/09/2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção judicial na tutela do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 17, vol. 68, p. 181-198, out.-dez./2012.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tutela específica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O direito ambiental e as ações inibitória e de remoção do ilícito**. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7, p. 93-121, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27613>>, acessado em 07/03/2013.

MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MENEZES, Camila M. de. **Tutela inibitória ambiental: viabilidade e aplicação**. In: Anuário da Produção de Iniciação Científica Discente, vol. XII, n. 15, 2009. Trabalho apresentado no Encontro Interno do PIC – 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6 ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 15, n. 57, p. 102-124, jan.-mar./2010.

MIRRA, Álvaro. In: MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**. IBDP, n.

76, ano 19, p. 114-126, out.-dez./1994.

ROSSI, Giampaolo. **Diritto dell'ambiente**. 2 ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2011.

RUSCH, Erica. Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais. **Revista de Processo**. IBDP, n. 168, ano 34, p. 363-376, fev/2009.

SERRA, Tatiana Barreto. Tutela inibitória coletiva do meio ambiente face ao risco ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 17, vol. 66, p. 183-206, abr.-jun./2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Direito material e processo** – Estudo para compor o livro em homenagem ao Prof. Egas Muniz de Aragão. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista(2)%20-%20formatado.pdf)>, acessado em 07/03/2014.

_____. **Racionalismo e tutela preventiva em processo civil** – In: Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista\(4\)%20-%20fromatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista(4)%20-%20fromatado.pdf)>, acessado em 07/08/2014.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 9).

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**. São Paulo: Malheiros, 2014.